

Tilburg University

De overtuigingskracht van emoties bij het rechterlijk oordeel

IJzermans, M.G.

Publication date:
2011

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
IJzermans, M. G. (2011). *De overtuigingskracht van emoties bij het rechterlijk oordeel*. Boom Juridische Uitgevers.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

De overtuigingskracht van emoties bij het rechterlijk oordeel

Omslagontwerp: Textcetera, Den Haag

Foto's omslag: Charles Darwin, *The Expression of the Emotions in Man and Animals*, John Murray, Ablemarle Street, 1872

Opmaak binnenwerk: Textcetera, Den Haag

© 2011 M.G. IJzermans | Boom Juridische uitgevers

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-90-8974-465-4

NUR 820

www.bju.nl

De overtuigingskracht van emoties bij het rechterlijk oordeel

Een theoretisch onderzoek

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van de graad van doctor aan de Universiteit van Tilburg,
op gezag van de rector magnificus prof. dr. Ph. Eijlander, in het openbaar
te verdedigen ten overstaan van een door het college voor promoties
aangewezen commissie in de aula van de Universiteit op
woensdag 29 juni 2011 om 16.15 uur

door

Maria Geertruida IJzermans

geboren op 21 juli 1951
te
Bergen op Zoom

Promotiecommissie:

promotor:	Prof. dr. W.J. Witteveen
overige leden:	Prof. dr. L.H.J. Adams
	Prof. mr. A.M. Hol
	Prof. dr. H.J. Pott
	Prof. mr. J.B.M. Vranken
	Prof. dr. M. Zeelenberg
	Dr. O.E. Tellegen-Couperus

Aan: Ted, Sara en Tim

Voorwoord

Lang geleden studeerde ik in Amsterdam en leerde ik bridgen van vrienden. Gedurende een paar jaar bridgeden we meerdere malen per week. Tijdens een van die partijen zei een van hen tegen mij: ‘Waarom krijg jij altijd een tweede kans?’ Hij bedoelde een tweede kans om een vrouw te snijden of een troef te trekken, de vraag klonk dan ook jaloers en een beetje denigrerend tegelijkertijd. Deze opmerking is niet voor niets blijven hangen: ik blijf iemand te zijn die steeds een tweede kans krijgt en deze dan ook goed benut. De tweede kans om de middelbare school af te ronden, de tweede studie, de tweede carrière, het tweede rijexamen en zo verder. In dit rijtje past een promotie na een dienstverband van ruim 20 jaar wonderwel. Deze tweede kans heb ik echter alleen kunnen benutten dankzij de steun van veel andere mensen.

Het begon toen ik na 12 jaar onderwijs- en bestuurstaken de behoefte kreeg om een nieuwe weg in te slaan en de faculteit – juist in die periode – zittende docenten de kans bood om als interne dual te promoveren door hen gedurende 5 jaar twee dagen in de week vrij te stellen van onderwijs. Er was een onderwerp dat al lang door mijn hoofd speelde. Als docent behandelde ik in verschillende vakken het systeem van de retorica, waarbij natuurlijk de overtuigingsmiddelen werden besproken. Over de rationele overtuigingsmiddelen is veel moderne literatuur te vinden, maar over de emotionele overtuigingsmiddelen eigenlijk nauwelijks. Tijdens het onderwijs rezen allerlei vragen waar ik geen antwoord op kon vinden, zoals: Is een professionele rechter wel vatbaar voor emotionele overtuigingsmiddelen, op welke manier zijn rechterlijke emoties van invloed op het oordeel, welke emoties moet je opwekken, en hoe doe je dat? Toen Willem Witteveen mij vroeg eens na te denken over een promotieonderzoek en ik dit onderwerp opperde, was hij meteen enthousiast. Ik ben de faculteit dankbaar voor het in mij gestelde vertrouwen toen ze het onderzoeksvoorstel goedkeurde met als werktitel ‘Emoties en de rationaliteit van het rechterlijk oordeel’ en me in september 2001 als interne dual aanstelde.

Ik heb Willem in dit bijna tien (!) jaar durende promotietraject ervaren als een stimulerende promotor met een enorm brede kennis en een – soms verwarrend – groot vermogen om verbanden te leggen tussen mijn bevindingen en die van andere auteurs. Vooral in de fase dat ik al wel een opvatting had ontwikkeld over emoties, maar nog zocht naar een goede invalshoek om het verband tussen emoties en rechtspraak te onderzoeken, was zijn enthousiaste reactie op de verschillende plannen die ik ontwikkelde een enorme steun,

omdat daaruit steeds weer bleek dat hij een niet aflatend vertrouwen had in de goede afloop van dit project. Altijd – en dat is voor iemand als ik misschien nog wel belangrijker – heeft hij mij de vrijheid gelaten om mijn eigen weg te kiezen.

Een paar maanden na de start van het promotieonderzoek werd ik voor drie jaar benoemd tot facultaire onderwijscoördinator. Als lid van het onderwijsbestuur was ik intensief betrokken bij de invoering van de bachelor-masterstructuur. Het onderwijsbestuur werd voorgezeten door Reinout Vriesendorp. We hebben in een prettige sfeer veel werk verzet, maar door alle ad-hocproblemen die de stelselwijziging veroorzaakte, ging het coördinatiewerk natuurlijk ten koste van mijn onderzoekstijd. Reinout heeft er voor gewaakt dat de verloren tijd gecompenseerd werd en ik na afloop van de bestuursperiode een onderzoeksabbatical kreeg. Dit verlof kwam precies op het goede moment omdat het me in staat stelde de invalshoek voor het onderzoek te bepalen. Voelde ik me tot die tijd een jachthond die onrustig snuffelend een wildspoor probeert te vinden, na dit verlof had ik het spoor te pakken. Vanaf die tijd heb ik onderzoeken als een boeiende, bevredigende en energiegenererende bezigheid ervaren.

Gedurende vele jaren vormden Willem en ik met Bart van Klink, Geertje van Schaaijk, Sanne Taekema en Loet van Wijk het vaste onderwijsteam voor de rechtstheoretische vakken. De samenwerking is altijd inspirerend en collegiaal geweest. Bart is in het eerste jaar van mijn onderzoek mijn inhoudelijke gesprekspartner geweest. Geertje en ik hebben een paar keer een huisje ergens op de hei gehuurd om onderzoek te doen. De dagen bestonden dan uit werken, wandelen en discussiëren over ons onderzoek. Zij heeft me steeds met raad terzijde gestaan en heeft de laatste versie van het manuscript van waardevol commentaar voorzien. Sanne heeft me wat meer op de achtergrond, altijd gestimuleerd om door te zetten.

Na afloop van de duale aanstelling in 2006 werd ik weer volledig met onderwijs belast. Van Loet heb ik – vooral de laatste zware jaren – veel steun gehad op de praktische manier die haar eigen is. Ze wist de zaken zo te organiseren, dat ik – ondanks de toegenomen werkdruk – toch steeds de rust kon vinden om onderzoek te doen. Bart, Geertje en Sanne zijn naar andere werkgevers overgestapt en vervangen door Maurice Adams, Hendrik Gommer en Carinne Elion. Ook zij hebben me gestimuleerd om door te gaan. Met Carinne bleek ik bovendien veel gemeenschappelijk te hebben: voldoende ambities voor een promotieonderzoek naast de reguliere werkzaamheden en de zorgtaken voor gezin en bejaarde ouders. Een feest van de herkenning.

Nog twee collega's wil ik in het bijzonder noemen. Willem Plessen heeft nog maar een kleine aanstelling in Tilburg en werkt al jaren grotendeels in Amsterdam. Tijdens onze halfjaarlijkse etentjes gaf hij me altijd ruimschoots de gelegenheid om stoom af te blazen en te vertellen over de voortgang van

het onderzoek. Hierdoor stelde hij me in staat om mijn gedachten te ordenen en nieuwe verbanden te leggen. Hervé Tijssen heeft de laatste versie van het manuscript doorgelicht. Door zijn commentaar is de inleiding aanzienlijk verbeterd.

Anneke Kok-Stigter, mijn goede vriendin, heeft me geholpen met de Engelse vertaling van de samenvatting. Dick Broeren dank ik voor de laatste check van de summary.

Veel mensen in mijn directe omgeving hebben me gesteund door hun interesse en hun vaste geloof in mij. Vooral mijn moeder noem ik, omdat zij mij geleerd heeft dat vrouwen zowel in het gezinsleven als in een eigen carrière hun vervulling kunnen vinden. Ze heeft me altijd gesteund in mijn keuze om beide na te streven.

Ten slotte beland ik bij de mensen die voor mij het belangrijkste zijn: Ted, de liefde van mijn leven, zonder wie ik niet zou zijn wie ik ben en zonder wie dit boek er überhaupt niet zou zijn gekomen. Mijn kinderen Sara en Tim en – Tims vriendin – Saskia die altijd goedmoedig mijn afwezigheid hebben geaccepteerd en me daardoor de ruimte hebben gegeven om dit boek te schrijven.

Breda, 17 april 2011

Inhoud

1	Rechterlijke emoties in de rechtspraak: een leemte	1
1.	Probleemomschrijving en centrale vraag	1
1.1	Probleemomschrijving	1
1.2	Centrale vraag	11
2.	Methodische verantwoording	12
2.1	Interdisciplinair rechtswetenschappelijk onderzoek	12
2.2	Theoretisch of empirisch onderzoek	27
3.	Wijze van behandeling	30
2	De retorica en het karakter van de klassieke rechtspraak	33
1.	Drie momentopnamen in de geschiedenis van de retorica	33
1.1	De rol van de retorica in Athene en Rome	34
1.2	De werkwijze van de drie klassieke retorische auteurs	38
2.	Het karakter van de rechtspraak in de perioden waarin de drie retorici leefden en werkten	42
2.1	Het Atheense proces ten tijde van Aristoteles: een retorische strijd	42
2.2	Het Romeinse proces: een retorische én juridische strijd	53
3.	Conclusie: ondanks de verschuiving van een autonoom naar meer heteronoom karakter van de rechtspraak is de retorica van belang gebleven	67
3	De overtuigingskracht van emoties in de klassieke procesrede	69
1.	Aristoteles in de hoofdrol	69
2.	De verhouding tussen de overtuigingsmiddelen	71
2.1	Overtuigingsmiddelen	71
2.2	De retorische overtuigingsmiddelen: logos, ethos, pathos	72
2.3	Zijn er drie overtuigingsmiddelen?	77
2.4	Zijn de overtuigingsmiddelen gelijkwaardig?	82
3.	De overtuigingskracht van emoties	87
3.1	Aristoteles' analyse van emoties	87
3.2	Cicero's analyse van emoties	93
3.3	Redenen voor de overtuigingskracht	94

4.	Conclusie: emotionele overtuigingskracht heeft een dubbel gezicht	97
4.1	Relevantie van het emotionele overtuigingsmiddel voor de huidige praktijk	97
4.2	Een positieve en een negatieve verklaring	98
4	De overtuigingskracht van emoties volgens de cognitieve emotietheorie	101
1.	Emotie – een conceptueel probleem	101
1.1	Emotie is veranderlijk concept	102
1.2	Taalgebruik van het begrip emotie is verwarrend	104
2.	Elke emotietheorie een eigen emotiebegrip	107
2.1	Indeling emotietheorieën: nadruk op het gevoel of nadruk op de cognitie	107
2.2	Een complex cognitief emotiebegrip	115
2.3	Het emotiebegrip van Aristoteles vertoont beperkte overeenkomsten met het complexe cognitieve emotiebegrip	124
3.	De overtuigingskracht van emoties berust op hun functie bij de informatieverwerving en -verwerking	128
3.1	Aard van emotionele kennis	128
3.2	Epistemologische functie van emoties	132
3.3	Biologische functies van emoties van belang voor het proces van informatieverwerving en -verwerking	136
4.	Betrouwbaarheid van emoties als bron van kennis	140
5.	Samenvatting	144
5	Rechterlijke emoties: het hart van de oordeelsvorming?	147
1.	Overtuigen, oordelen, legitimeren en het onderscheid tussen de heuristische en de legitimatiefase	147
1.1	Relatie tussen overtuigen, oordelen en emoties	147
1.2	Onderscheid heuristische/legitimatiefase en de fictie van de juridische rationaliteit	150
2.	De rationaliteit van de oordeelsvorming	156
2.1	Het dubbel-beslismodel, intuïtie en rechtsgevoel	156
2.2	Cognitieve vuistregels en valkuilen	169
2.3	Oordeelsvorming blijkt helemaal niet zo rationeel	173
3.	Emoties vormen het hart van de rechterlijke oordeelsvorming	174
3.1	Een model voor de invloed van emoties	174
3.2	Het hoe en waarom van de invloed van emoties op de oordeelsfase	177

4.	De invloed van rechterlijke emoties op de oordeelsvorming is onvermijdelijk	189
6	Wanneer mogen rechterlijke emoties het oordeel beïnvloeden?	193
1.	Het rechterlijk oordeel is een persoonlijk oordeel	193
1.1	Invloed van emoties is onvermijdelijk	193
1.2	Emotioneel oordeel is een subjectief oordeel	196
1.3	Bezwaren tegen subjectieve oordeelsvorming zijn onterecht	197
1.4	Passende emoties komen voort uit de zaak of de daarbij behorende taak	202
1.5	Passende emoties en decorum	205
1.6	Betrokken oordeelsvorming	206
2.	Betrokken oordeelsvorming en de kwaliteit van het rechterlijk oordeel	207
2.1	Kwaliteit van de oordeelsvorming is een complex criterium	208
2.2	Betrokken oordeelsvorming en de weerbaarheid tegen manipulatie	214
2.3	Betrokken oordeelsvorming en de eis van de objectiviteit	216
2.4	Betrokken oordeelsvorming en de eis van de deskundigheid	221
2.5	Betrokken oordeelsvorming en de eis van de rechtvaardigheid	227
3.	Beantwoording van de tweede deelvraag is nu mogelijk: voorwaarden voor het gebruik van emoties	232
7	Klassieke adviezen voor de moderne praktijk	235
1.	Algemene adviezen voor het gebruik van emotionele overtuigingsmiddelen	235
1.1	Het gebruik van emotionele overtuigingsmiddelen door pleiter en rechter	235
1.2	Algemene adviezen	236
2.	Adviezen voor de pleiter	246
2.1	Gebruik van ethos door de pleiter	246
2.2	Gebruik van pathos door de pleiter	252
3	Gebruik van emotionele overtuigingsmiddelen in de rechterlijke motivering	256
3.1	De eis van de goede motivering	256
3.2	Twee uitspraken	262

8	Besluit	273
1.	Beantwoording van de centrale vraag	273
1.1	Het klassieke retorische advies om de kwaliteit van een juridisch betoog te verbeteren door een beroep te doen op de emoties van de toehoorder is naar de inzichten van de cognitieve emotietheorie houdbaar, maar om andere redenen dan de klassieke retorici dachten	274
1.2	Naar moderne inzichten kan een beroep op de emoties van de rechter helpen om hem te overtuigen	278
1.3	Onder voorwaarden mag de oordeelsvorming worden beïnvloed door rechterlijke emoties	281
1.4	De klassieke adviezen voor het gebruik van emotionele overtuigingsmiddelen zijn geschikt te maken voor de moderne rechtspleging	284
2.	Wat heeft het onderzoek verder opgeleverd?	286
2.1	De invloed van emoties op het oordeel is onvermijdelijk	286
2.2	Deze conclusie lijkt in strijd met bestaande opvattingen	287
2.3	Betrokken oordeelsvorming is gewenst	288
2.4	Consequenties van de constatering dat emoties bij het rechterlijk oordeel onvermijdelijk en onder voorwaarden zelfs gewenst zijn	289
	Summary	297
	Bijlage 1 Diversiteit emoties	307
	Bijlage 2 Een lijst met voorbeelden van cognitieve vuistregels/valkuilen	309
	Lijst van verkort aangehaalde literatuur	311

Rechterlijke emoties in de rechtspraak: een leemte

1. Probleemomschrijving en centrale vraag

1.1 Probleemomschrijving

1.1.1 *Overtuigen met emotionele middelen in de Nederlandse rechtspraak?*

De Nederlandse jurist staat niet bekend als een meeslepend pleiter.¹ Dat is jammer, want alle juristen treden op als pleiter wanneer ze een oordelende derde van hun standpunt willen overtuigen.² Niet alleen de advocaat die een zaak bepleit, maar ook een bedrijfsjurist die zijn visie op een contractsbepaling verdedigt, een rechtswetenschapper die deelneemt aan het wetenschappelijke discours en een rechter die zijn oordeel motiveert, allen hebben zij overtuigingskracht nodig.³

De overtuigingskracht van een pleidooi is niet alleen afhankelijk van goede argumenten maar ook van andere overtuigingsmiddelen. Voor de kennis over de overtuigingsmiddelen kan een pleiter te rade gaan bij de retorica.⁴ De retorica leert dat er drie overtuigingsmiddelen zijn: logos, ethos

1 Zie bijvoorbeeld de verzuchting van een kantonrechter:
Weet u wat het betekent om in een klein zaaltje 40 minuten onafgebroken te moeten luisteren naar het van papier oplepelen van dingen die je al weet of die je niet hoeft te weten, terwijl je daar nog geïnteresseerd bij moet kijken ook? En denkt u dat partijen het spannend vinden? Misdorp 1999, 50-51.

2 Zie ook Braet 2009, 14-17.

3 Ook al telt Nederland meer vrouwelijke dan mannelijke rechters (Jaarverslag van de Rechtspraak 2009: 1237 vrouwelijke rechters op een totaal van 2418) en groeit het aantal vrouwen in de balie gestaag (OvA: in 2009 41,3%), toch zal ik naar de rechter en de pleiter verwijzen als 'hij', omdat het in het Nederlands nu eenmaal mannelijke zelfstandige naamwoorden zijn.

4 De gangbare vertaling van retorica 'leer van de welsprekendheid' wekt de indruk dat deze alleen van toepassing is op het gesproken woord. De klassieke literatuur richt zich weliswaar voornamelijk op de redevoering, maar dit wil niet zeggen dat het gebruik van de retorica daartoe beperkt moet blijven. Quintilianus stelt al dat goed spreken en goed schrijven 'twee aspecten van één en hetzelfde zijn': Quintilianus (ong. 95) 2001, XII.10:51. De retorica is ontwikkeld in een tijdperk dat de nadruk in het openbare leven lag op het gesproken woord, zodat de klassieke retorici zich logischerwijs op die taaluitingen concentreerden. Maar in feite is hun centrale thema: Hoe kunnen we taal gebruiken als instrument om een

en pathos. Een pleiter die wil overtuigen, zal een goede redenering moeten opzetten (logos), hij zal zichzelf geloofwaardig moeten maken (ethos) en hij zal de emoties van de toehoorders moeten bespelen (pathos). Vooral pathos is – volgens de klassieke retorici – een niet te overschatten overtuigingsmiddel in een rechterlijke procedure.⁵

In onze tijd zal iedereen onmiddellijk erkennen dat de overtuigingskracht van een juridisch betoog afhankelijk is van de kracht van de argumenten, maar dat juristen ook emotionele overtuigingsmiddelen in kunnen zetten, is veel minder aanvaard. De hedendaagse juridische literatuur heeft dan ook voornamelijk belangstelling voor het overtuigingsmiddel logos, dus voor de argumentatieleer.⁶ Aan de emotionele overtuigingsmiddelen wordt betrekkelijk weinig aandacht besteed. Weliswaar zijn er auteurs die erkennen dat emotionele overtuigingsmiddelen een rol spelen in de rechtspraak,⁷ maar er is geen systematische (rechtswetenschappelijke) aandacht voor de rol die emoties spelen bij het overtuigen of het oordelen in een juridische context.⁸ Daarom staan in dit onderzoek de emotionele overtuigingsmiddelen centraal.

Nu wisselt de waardering van emotionele overtuigingsmiddelen van rechtssysteem tot rechtssysteem. In de Angelsaksische rechtspraak is door het jurysysteem en de publicatie van de ‘dissenting opinion’ een ander – meer retorisch – juridisch taalgebruik ontstaan, dan in de Nederlandse rechtspraak. Een beroep op een Nederlandse rechter dat even pathetisch is als een beroep op een Amerikaanse jury, is ongebruikelijk en waarschijnlijk ineffectief. Een mooi voorbeeld van het verschil in stijl is het slotpleidooi van Johnnie Cochran, de advocaat van O.J. Simpson de Amerikaanse footballspeler die terechtstond voor de moord op zijn ex-vrouw (Nicole Brown) en haar vriend (Ron Goldman). Cochran heeft zijn verdediging opgebouwd rondom een vermeende samenzwering van de politie tegen Simpson. De politie zou bewijsmateriaal op de plaats delict hebben neergelegd. Als bewijs

oordeel te beïnvloeden? Zo opgevat is de retorica te benutten voor alle argumentatieve taaluitingen, in welke vorm dan ook; zie ook Braet 2009, 9.

- 5 Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1377b:31; Cicero (55 vC) 2004, 2:178; Quintilianus (ong. 95) 2001, VI.2:3.
- 6 Enkele voorbeelden zijn: J.C.M. Leijten, ‘Rechtspraak en topiek’, in: W. van Gerven en J.C.M. Leijten, *Theorie en praktijk van de rechtsvinding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1977, Perelman (1976)1979. F.H. van Eemeren e.a., *Argumenteren voor juristen*, Groningen: Wolters Noordhoff 1991, E. Feteris, *Redelijkheid in juridische argumentatie*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, M. Henket, *Argumentatietheorie en recht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998.
- 7 Witteveen 1988, 130-133; Boukema 1994; Spolders 1997, hoofdstuk 3 en 4; Gaakeer 1997, 198-200; Henket 1998, 40-41, 69; Witteveen 2001, 334-343; Broekers-Knol e.a. 2005, 51-56.
- 8 Bij het afsluiten van dit onderzoek lijkt er een kentering te komen. Binnen de rechterlijke macht is de aandacht voor de oordeelsvorming toegenomen en daarmee groeit er enige belangstelling voor de rol van de rechterlijke emoties, zo heb ik zelf een bijdrage geleverd aan een studiedag voor de rechters van de rechtbank Den Haag over dit onderwerp en is een eerste publicatie over dit onderwerp in *Trema* verschenen Pieters 2010.

voor deze samenzwering dient een bebloede handschoen die op de plaats van het misdrijf is gevonden. Deze handschoen zou van Simpson zijn. Tijdens de rechtszitting laat Cochran Simpson de handschoen aantrekken, maar deze blijkt te klein te zijn, zodat Cochran de jury adviseert: 'If the glove doesn't fit, you must acquit!' Deze oneliner komt in zijn slotpleidooi steeds terug. Zo stelt de hoofdaanklager, Marcia Clark, in haar slotpleidooi dat er sprake is van voorbedachte rade omdat Simpson zich had vermomd:

... the Defendant wore dark clothing. The dark blue, black cotton sweat suit that Kato described, perfect in the night-time if you don't want to be seen. The dark blue, black cotton fibres that were found on Ron Goldman, the socks, the Rockingham glove, the fibres of the clothing he wore, the watch cap and the gloves. It was June the 12th. It's a summer night. Why do you need these cashmere-lined gloves and a watch cap on a summer night unless you're going to commit a crime, unless you're planning, unless you're preparing to commit a crime? Gloves are easy. Why wear the gloves? Fingerprints. You don't want to leave fingerprints. And he didn't. You heard from the print people. He didn't. Watch cap. A partial disguise. If he has to walk around the house, if he's going to be standing at the front gate, he doesn't want someone glancing to make the immediate connection. He doesn't want someone to see exactly who it is right away.⁹

De 'watch cap' die Clark noemt, is op de plaats delict gevonden. Het is een gebreide muts waar haren van Simpson aan kleven. Cochran relateert dit bewijs in zijn slotpleidooi door een beroep te doen op de oneliner:

She talks about O.J. Simpson getting dressed up to go commit these murders. Just before we break for our break, I was thinking--I was thinking last night about this case and their theory and how it didn't make any sense and how it didn't fit and how something is wrong. It occurred to me how they were going to come here, stand up here and tell you how O.J. Simpson was going to disguise himself. He was going to put on a knit cap and some dark clothes, and he was going to get in his white Bronco, this recognizable person, and go over and kill his wife. That's what they want you to believe. That's how silly their argument is. And I said to myself, maybe I can demonstrate this graphically. Let me show you something. This is a knit cap. Let me put this knit cap on (Indicating). You have seen me for a year. If I put this knit cap on, who am I? I'm still Johnnie Cochran with a knit cap. And if you looked at O.J. Simpson over there--and he has a rather large head--O.J. Simpson in a knit cap from two blocks away is still

9 Beide slotpleidooien zijn na te lezen op: <www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/Simpson/simpson.htm>

O.J. Simpson. It's no disguise. It's no disguise. It makes no sense. It doesn't fit. If it doesn't fit, you must acquit.

Er zijn meer voorbeelden te vinden in dit slotpleidooi waaruit blijkt dat deze advocaat weet wat pathos is – zo vergelijkt hij de rechercheur, die wel eens het woord 'nigger' blijkt te gebruiken, met Hitler, en dit soort (verbaal) racisme met de Holocaust. Hij gebruikt deze pathetische middelen op een manier die in de Nederlandse context contraproductief zou zijn, maar de Amerikaanse jury werd overtuigd en sprak Simpson vrij.

In de Amerikaanse juridische literatuur wordt wel aandacht besteed aan het overtuigen met emotionele overtuigingsmiddelen.¹⁰ De vraag is echter of deze literatuur – gezien de grote verschillen in de rechtscultuur – toepasbaar is in de Nederlandse situatie.

De eerste reden om de overtuigingskracht van emoties in de Nederlandse rechtspleging te onderzoeken, is dat er in de Nederlandse rechtswetenschappelijke literatuur weinig aandacht voor is en dat de Angelsaksische literatuur niet zonder meer in de Nederlandse context toegepast kan worden.

1.1.2 *Rechtswetenschappelijke belangstelling voor emoties in het recht?*

Het gebrek aan belangstelling voor de overtuigingskracht van emoties in het recht bevreemdt, omdat recht en emoties nauw met elkaar zijn verbonden. Enkele voorbeelden van deze relatie zijn: (i) normen kunnen een neerslag zijn van emoties die in een gemeenschap leven. Zo blijkt sociale weerzin 'a strong reason to favor the prohibition of an act, even if it caused no harm to others';¹¹ (ii) de rol van het strafrecht bij het bevredigen van de behoefte aan vergelding; (iii) een van de functies van het recht is om menselijk gedrag te reguleren en zodoende conflicten te voorkomen. Wanneer preventie mislukt, is het recht een belangrijk middel om het ontstane conflict op te lossen.¹² Conflicten ontstaan waar tegengestelde belangen in het spel zijn en wanneer belangen gerealiseerd of gefrustreerd worden raken mensen geëmotioneerd.¹³ Deze voorbeelden laten zien dat het recht is verstrengeld met menselijke emoties, waardoor juristen in de rechtspraktijk vaak te maken hebben met de emoties, zowel van de rechtzoekenden als van henzelf.¹⁴

Toch is er in de rechtswetenschap weinig aandacht voor de relatie tussen recht en emoties, en voor de omgang van juristen met emoties. Op enkele

¹⁰ Zie bijvoorbeeld Smith 2002.

¹¹ Devlin 1965, 17. Recenter wijst Nussbaum op het verband tussen sociale weerzin en rechtswetenschappen: Nussbaum 1999.

¹² Traditioneel worden vier functies onderscheiden: de ordenende functie, de instrumentele functie, de geschilbeslechtingsfunctie en de normatieve functie: Schwitters 2008, 27-37.

¹³ Zie ook Pel 2007, 97.

¹⁴ Zie ook Bandes: 'emotions pervades law, and always have. It's just that sometimes it is more visible than others.' Bandes 1999, 14.

specifieke rechtsgebieden, zoals mediation, slachtofferhulp en bij letsel-schadezaken, is er expliciet aandacht voor de emoties van de rechtzoekenden en de omgang van juristen met deze emoties.¹⁵ In het vermogensrecht worstelt men met de vraag of en wanneer emoties een grondslag kunnen vormen voor aansprakelijkheid en of en wanneer emoties tot de schade gerekend kunnen worden.¹⁶ Een enkeling, zoals Vranken, signaleert de ‘moeizame omgang met emoties, ideële belangen en affecties’ in het recht en houdt een pleidooi om het persoonlijke een plaats in het privaatrecht te geven, maar hij heeft het over de emoties van de rechtzoekenden.¹⁷ En dan zijn er nog publicaties waarin de vraag wordt gesteld of emotionele factoren in het betreffende rechtsgebied een rol spelen bijvoorbeeld in het erfrecht, in het verkeersrecht en in het intellectuele eigendomsrecht.¹⁸ Al bij al is de oogst vrij mager en blijkt de aandacht van de rechtswetenschap zeker niet systematisch te zijn. In de Nederlandse rechtswetenschap wordt in een beperkt aantal specifieke rechtsgebieden aandacht besteed aan de emoties van de rechtzoekenden, maar er blijkt geen systematische aandacht voor het verband tussen recht en emoties en al helemaal niet voor de omgang van juristen met emoties.

In de Amerikaanse (rechts)wetenschappelijke literatuur groeit – sinds in de jaren 90 van de vorige eeuw de eerste publicaties verschenen¹⁹ – de aandacht voor de wisselwerking tussen emoties en recht nog steeds. Vanuit de psychologie, de filosofie en de rechtswetenschap wordt dit onderzoeks-onderwerp ofwel empirisch ofwel theoretisch onderzocht. Maroney spreekt van een nieuw onderzoeksveld, waarin verschillende thema’s zijn te ontdekken.²⁰ Een van de thema’s die hij noemt omvat het onderzoek dat zich richt op de emoties van juridische actoren waarbij de emoties van juryleden²¹ en die van de justitiabelen²² het meest en die van betrokken professionals²³ veel minder zijn onderzocht. Dus ook in de Amerikaanse rechtswetenschappelijke literatuur weinig onderzoek naar de omgang van juristen met emoties of naar de invloed van de eigen emoties op hun taakuitoefening.

De verwachtingen ten aanzien van de omgang van juristen met emoties kent iets tweeslachtigs. Enerzijds verwacht men dat zij eigen emoties negeren en dat zij boven de emoties van betrokkenen staan zodat ze kunnen door-

15 Bijvoorbeeld Stipdonk & Leeuwenburg 2008; Lens e.a. 2010.

16 HR 9 oktober 1998, NJ 1998,853 (Jeffrey); HR 21 februari 1997, NJ 1999,145 (wrongful birth); HR 22 februari 2002, NJ 2002,240 (shockschade); HR 18 maart 2005, NJ 2006,606 (wrongful life); HR 20 oktober 2006, NJ 2007,3 (emotie als grondslag voor aansprakelijkheid); Kortmann & Hamel 2004; Kottenhagen 2010.

17 Vranken 2001; Vranken 2005, 68-78.

18 Mourik 1992; Leijten 1999; Visser & Jager 2010.

19 Kahan & Nussbaum 1996; Bandes 1996.

20 Maroney 2006b.

21 Bright & Goodman-Delahunty 2006; Feigenson & Park 2006.

22 Blumenthal 2007.

23 Feigenson 2009.

dringen tot de zakelijke kern van het conflict. Anderzijds kunnen ze hun werk alleen goed doen als ze de rechtzoekenden en hun conflict met voldoende empathie benaderen.²⁴ Voor empathie is het nodig dat iemand niet alleen in staat is om zich in gedachte voor te stellen in wat voor situatie de rechtzoekende verkeert, maar ook in staat is om te voelen hoe het voor iemand is om in die situatie te verkeren. Een jurist kan dus zijn eigen emoties niet negeren, zonder zijn empathisch vermogen uit te schakelen. Eigenlijk wordt van juristen – net als van artsen – verwacht dat zij op emotioneel betrokken wijze boven de emoties van betrokkenen staan om zelf onaangedaan, zakelijk en rationeel te werk kunnen gaan. Maar, kunnen mensen wel onaangedaan en emotioneel tegelijkertijd zijn, is emotioneel onaangedaan noodzakelijk voor rationeel gedrag en is rationaliteit en onaangedaanheid beter dan emotionaliteit en betrokkenheid? Welke rol spelen de eigen emoties eigenlijk bij de werkzaamheden van juristen in het algemeen en van rechters in het bijzonder?

De tweede reden om de overtuigingskracht van emotionele overtuigingsmiddelen bij het rechterlijk oordeel te onderzoeken, is dat er in de Nederlandse rechtswetenschappelijke literatuur geen aandacht is voor de omgang van juristen met (eigen) emoties, terwijl de verwachtingen van de rechtzoekenden over de manier waarop juristen met emoties omgaan, nogal ambigu zijn.

1.1.3 *Rechtswetenschappelijke belangstelling voor de invloed van eigen emoties bij het oordelen?*

Voor zover er in de Nederlandse rechtswetenschap wel aandacht wordt besteed aan de invloed van eigen emoties op het oordeel blijkt er sprake van verwarring. Verwarring over wat emoties zijn, wat de relatie is tussen emoties en intuïtie, en welke invloed emoties hebben op het (rechterlijk) oordeel. In een bewerkte versie van zijn afscheidsrede²⁵ – een van de weinige essays over de invloed van emoties en intuïtie op juridische oordelen – erkent Schalken dat het gevoel belangrijke inzichten kan opleveren. Hij spreekt over de intuïtie die als ‘richtmicrofoon van de emotie’ fungeert en over het intuïtieve oordeel als ‘desem van een rationele redenering’. Wanneer de intuïtie mede is gevormd door ontwikkeld inzicht en wordt aangevuld door gezond verstand, dan biedt zij, volgens de auteur, een ‘loepzuivere antenne om te onderscheiden tussen goed en kwaad’. Dit zijn mooie beelden, maar ze maken niet duidelijk wat de emotie en de intuïtie nu precies zijn, welke rol ze spelen bij juridische oordelen en hoe ze zich tot elkaar en tot de rationaliteit verhouden. Wat wél

24 Zie ook Maroney 2011, 4-11.

25 Schalken 2006.

duidelijk wordt is dat de auteur vindt dat emotie en intuïtie iets toevoegen aan de rationele redenering.

Terugkijkend op zijn werkzame leven vraagt Schalken zich af, in hoeverre hij zich door een evenwichtige mix van rationele en intuïtieve kennis heeft laten leiden. Hij concludeert dat de intuïtie vaak van invloed is geweest op zijn professionele oordelen, dat deze niet altijd heeft gewonnen van het rationele oordeel, maar achteraf vaak wel juist blijkt te zijn geweest. Hij geeft drie voorbeelden, waarvan ik er één bespreek om te laten zien dat het beeld dat hij schetst verwarrend is en om te achterhalen waar de verwarring zit.

Bij het lezen van het boek *Dubieuze Zaken* wordt Schalken heen en weer geslingerd tussen kritiek en bewondering. De bewondering wijt hij aan zijn intuïtie, de negatieve beoordeling – de uiteindelijke toon van de recensie in het NJB²⁶ – noemt hij de kritisch rationele benadering. In het huidige essay vraagt hij zich af waarom het negatieve oordeel (zijn ratio) het heeft gewonnen van de bewondering (zijn intuïtie). Hij kan maar één reden vinden, zijn irritatie: ‘Het enige excuus dat ik kan aanvoeren voor de irritatie die het boek opriep, was de destijds breed gevoelde pretentie van de auteurs dat zij wel wisten hoe de waarheid in elkaar stak.’²⁷

Schalken lijkt intuïtie gelijk te stellen met de eerste indruk van iets of de eerste respons op iets. Het rationele oordeel komt daarna en strijdt met de intuïtie om voorrang. Een van beide wint. Bij het schrijven van de recensie is het aanvankelijke, ‘intuïtieve’ oordeel: bewondering, terzijde geschoven door een ‘kritisch rationeel’ oordeel: verguizing. Dit ‘kritisch rationele’ oordeel blijkt veroorzaakt te zijn door irritatie over de arrogantie van de schrijvers. Hoe rationeel (in de zin van gebaseerd op redelijke argumenten) is dat zogenaamde rationele oordeel dan wel, als Schalken toegeeft dat dit was ingegeven door ergernis over de betweterigheid van de auteurs? Daarentegen verklaart hij zijn intuïtieve bewondering door de kwaliteit van het boek – hij vergelijkt het met ‘een uitstekend glas wijn’. Duidelijk is dat er volgens Schalken bij de oordeelsvorming twee processen werken, die met elkaar om absolute voorrang strijden. Onduidelijk blijft wat de verschillende processen inhouden en wat de rol van emoties daarbij is. Het intuïtieve oordeel blijkt hij immers te baseren op een analyse van de kwaliteit – dit lijkt me een rationele activiteit – terwijl hij het rationele oordeel baseert op een emotie, namelijk ergernis. Verwarrend.

Het is mogelijk Schalkens oordeelsvorming over *Dubieuze zaken* op een manier te beschrijven die consistent is. Bij het lezen bekruipt Schalken eerst een gevoel van bewondering, het boek is goed geschreven, het onderwerp wordt vanuit een nieuwe invalshoek benaderd enzovoorts. Vervolgens merkt

26 Schalken 1992.

27 Schalken 2006, 71.

hij dat de schrijvers van *Dubieuze zaken* zich toch wel erg betweterig opstellen en dat zij de deskundigheid van hun juridisch geschoolde lezerspubliek miskennen. Dit wekt bij hem een gevoel van ergernis of boosheid. Zo bezien wordt Schalken bij het lezen bekropen door ten minste twee emoties: bewondering en boosheid. De boosheid wint. Dus schrijft hij een recensie waarin hij het boek afkraakt, op een manier die hij nu zelf kwalificeert als 'soms vilein en soms onterecht', waarin hij alle oorspronkelijke bewondering weglaat. Hier wint de kritische ratio het niet van de intuïtie, maar de ene emotie (ergernis, boosheid) wint het van de andere (bewondering). Boosheid leidt nu eenmaal tot een neiging om wraak te nemen. De auteur heeft kennelijk bij het schrijven van zijn recensie deze neiging niet kunnen of willen bedwingen.

Van het proces van oordeelsvorming dat Schalken beschrijft, zijn dus twee analyses mogelijk. In de eerste analyse is er sprake van twee processen, een intuïtief en een rationeel proces. Het rationele proces is kennelijk in staat het intuïtieve opzij te zetten, maar dit leidt niet noodzakelijk tot een beter oordeel. In de tweede analyse is er sprake van twee verschillende emoties. Twee emoties die voortkomen uit de waardering van verschillende facetten van de situatie (de kwaliteit van het boek, de denigrerende houding van de auteurs), waaruit de neiging voortvloeit om op verschillende manieren te reageren: bewondering of verguizing. In dit essay behandelt Schalken uiteindelijk alleen de verhouding tussen intuïtie, 'de richtmicrofoon van de emotie', en rationaliteit, maar de invloed van emoties komt eigenlijk nauwelijks aan de orde. De auteur concludeert dat:

(...) de door empirische waarneming en praktische ervaring gevoede intuïtieve kennis beslist noodzakelijk is om de werkelijkheid van het recht en het functioneren ervan te onderzoeken (...) De intuïtieve benadering dwingt tot een andere dimensie, (...) dan de puur rationele benadering (...). De rationele benadering openbaart de wil om de werkelijkheid te beheersen. (...) De intuïtieve denkwijze daarentegen is niet gericht op de beheersing van de werkelijkheid, maar op de ontdekking daarvan.²⁸

De intuïtie als instrument om de wereld te ontdekken. Dat is een conclusie die me wel aanspreekt. Toch overtuigt het essay me niet.

Op het eerste gezicht lijkt het essay een pleidooi voor het gebruik van intuïtieve kennis. Bij nader inzien stelt het de intuïtie tegenover de rationaliteit; stelt het dat de intuïtie een snel en oppervlakkig eerste inzicht biedt, dat weliswaar achteraf kan blijken te kloppen, maar dat vaak door de ratio terzijde wordt geschoven. De ratio is kennelijk sterker en overtuigender. Wat de aard van het intuïtieve oordeel is en wat emoties met intuïties te maken hebben

28 Schalken 2006, 73.

blijft onduidelijk. Ondanks de positieve grondhouding tegenover emoties en hun ‘richtmicrofoon’ de intuïtie die uit dit essay spreekt, is na lezing de verwarring over de rol van emoties, intuïtie en rationaliteit bij het juridische oordeel eerder groter dan kleiner geworden.

Schalken heeft geprobeerd om door reflectie op eigen oordelen te achterhalen wat de invloed van ratio, intuïtie en emotie bij het juridische oordeel is. Die poging heeft de invloed niet verhelderd. Sobota heeft een andere onderzoeksmethode gebruikt. Zij heeft onderzocht of uit de bewoordingen van de motivering van het oordeel te achterhalen is waar rechterlijke emoties bij de oordeelsvorming gespeeld hebben. Zij ziet het gebruik van bepaalde stijlfiguren als het signaal voor een door de rechter beleefde emotie.²⁹ Even los van de vraag of er wel een rechtstreeks verband is tussen de oordeelsvorming en de argumenten die de rechter in de motivering aanvoert, geeft dit soort onderzoek geen antwoord op mijn vraag welke invloed de emoties van de beoordelaar op zijn oordeel hebben in een juridische context, maar op de vraag of emoties van invloed zijn.

De derde reden om de overtuigingskracht van emotionele overtuigingsmiddelen bij het rechterlijk oordeel te onderzoeken is dat er in de rechtswetenschap verwarring blijkt te bestaan over welke invloed eigen emoties hebben bij het oordelen.

1.1.4 *Cognitieve emotie- en beslistheorieën maken het mogelijk om de invloed van emotionele overtuigingsmiddelen te onderzoeken*

Sinds de zestiger jaren van de vorige eeuw heeft de opkomst van de cognitieve³⁰ opvatting in de psychologie en de filosofie het onderzoek naar emoties enorm gestimuleerd; men spreekt zelfs van een cognitieve revolutie.³¹ De cognitieve opvatting heeft in de psychologie de behavioristische opvatting min of meer verdrongen. Volgens het behaviorisme kan de mentale activiteit van mensen alleen worden bestudeerd voor zover deze zich uit in gedrag of in lichamelijke verschijnselen. Onderzoek moest immers voldoen aan de eisen van herhaalbaarheid, zichtbaarheid en meetbaarheid. Emoties kunnen dan alleen onderzocht worden voor zover zij leiden tot emotioneel gedrag of fysiologische verschijnselen. De emotionele beleving of de mentale effecten van emoties konden echter alleen onderzocht worden door introspectie en deze onderzoeksmethode voldeed niet aan de door het behaviorisme gestelde eisen. Power & Dalgleish illustreren deze opvatting met een mop:

²⁹ Sobota 1992; Sobota 1994.

³⁰ Het begrip ‘cognitie’ omvat alle mentale processen die iemand kennis opleveren, zoals leren, waarnemen, herinneren, denken, interpreteren, geloven en probleem oplossen.

³¹ Zie bijvoorbeeld Pillsbury 1988/1989, 675; Pott 1992, 124; Elgin 1999, 146.

... two behaviorists are indulging in post-coital pillow talk ... one behaviorist said to the other: 'that was fine for you, but how was it for me...?'³²

Wanneer alleen het gedrag onderzocht kan worden, kan een mens niet veel zeggen over zijn eigen gevoelens.

In de cognitieve theorieën wordt de mens gezien als een actieve informatieverwerker en -verwerker. Actief wil zeggen dat de mens een selectie maakt uit alle beschikbare informatie en deze aanvult met zijn eigen kennis, zodat hij steeds bezig is persoonlijk betekenis te geven aan wat hij waarneemt.³³ De cognitieve opvatting heeft een structurele vernieuwing in het denken over emoties teweeg gebracht. Ook een emotionele beleving vervult, volgens deze opvatting, een functie bij de informatieverwerking. Emoties zijn dan ook:

... not the brutish, unlearned, uncultured, illogical and stupid drives that they are so often argued to be. To the contrary, they are extremely subtle, cunning, sophisticated, cultured, learned, logical, and intelligent.³⁴

Emoties worden gezien als 'kenwijzen',³⁵ als een persoonlijke manier om de wereld te beleven.³⁶ Ondanks alle wetenschappelijke belangstelling voor emoties gedurende de laatste decennia is er nog geen literatuur te vinden die de cognitieve emotietheorie in verband brengt met de emotionele overtuigingsmiddelen uit de retorica.

Om te kunnen bepalen wat de invloed is van emotionele overtuigingsmiddelen op het rechterlijk oordeel, moet onderzocht worden wat de invloed is van rechterlijke emoties bij de oordeelsvorming. Ook op het terrein van de oordeelsvorming is de opkomst van de cognitieve opvatting een enorme stimulans geweest voor het onderzoek. In de cognitieve psychologie wordt het oordelen als een vorm van informatie- en kennisverwerking gezien. Mensen stemmen – als actieve informatieverwerker en -verwerker – hun gedrag immers steeds af op de inschattingen die ze maken van de situatie waarin ze verkeren. Oordelen wordt dan gezien als een mentale activiteit waarbij mensen gegevens verzamelen en waarderen, op basis waarvan ze mogelijke uitkomsten construeren, die ze waarderen, om vervolgens een keuze te maken.

In de cognitieve psychologie zijn aparte beslismodellen ontwikkeld voor complexe, onzekere beslissingen.³⁷ 'Complex' betekent dat informatie over

32 Power & Dalglish 2008, 32.

33 Vonk 2001, 13-17.

34 Solomon 1977, 430.

35 Pott 1992, 36.

36 Zie ook Frijda 2008, 11.

37 De bekendste zijn het theorema van Bayes en de rationele keuzetheorie.

verschillende zaken moet worden geïntegreerd tot een eindoordeel. ‘Onzeker’ betekent dat noch de consequentie van de beslissing noch de waardering van de mogelijke uitkomsten vaststaat. Rechterlijke oordelen kunnen gekwalificeerd worden als onzekere beslissingen, zodat ze beschreven kunnen worden aan de hand van deze beslismodellen.

De beschrijving van het rechterlijk oordeel in de termen van de cognitieve beslismodellen maakt het mogelijk een theorie te ontwikkelen over de invloed van de rechterlijke emoties op de oordeelsvorming. Dit is de vierde reden om de overtuigingskracht van emotionele overtuigingsmiddelen bij het rechterlijk oordeel te onderzoeken

1.2 Centrale vraag

Er zijn dus vragen over de overtuigingskracht van emoties, de invloed van eigen emoties bij het oordelen en de manier waarop juristen omgaan met de eigen emoties die door de rechtswetenschap niet zijn beantwoord, terwijl er in andere wetenschappen emotie- en beslistheorieën zijn ontwikkeld die het mogelijk maken deze vragen te beantwoorden. Dit leidt tot de centrale vraag van dit onderzoek, die bestaat uit drie samenhangende deelvragen:

1. *Wat is, naar de inzichten van een cognitieve emotietheorie, de betekenis van het klassieke retorische advies om de overtuigingskracht van het juridische pleidooi te vergroten door een beroep te doen op de emoties van de rechter en zodoende diens oordeelsvorming te beïnvloeden?*
2. *Onder welke voorwaarden mag het rechterlijk oordeel door emoties worden beïnvloed?*
3. *Hoe kunnen de emotionele overtuigingsmiddelen in de moderne rechtspraktijk worden gebruikt?*

Het eerste deel van deze vraag leidt tot een beschrijving en een verklaring van de overtuigingskracht van emoties, waarbij de klassieke opvatting van Aristoteles wordt vergeleken met de hedendaagse cognitieve emotietheorieën. Door deze vergelijking wordt het mogelijk een eigen theorie te ontwikkelen. Vervolgens wordt beschreven en verklaard welk effect de rechterlijke emoties op de oordeelsvorming hebben. Hierbij wordt gebruikgemaakt van cognitieve beslistheorie om het proces van rechterlijke oordeelsvorming te beschrijven. Het resultaat van deze exercitie is een eigen theorie over de invloed van emoties op het rechterlijk oordeel.

Nadat de invloed van emoties in kaart is gebracht kan de vraag worden gesteld of rechterlijke emoties de kwaliteit van het rechterlijk oordeel benadelen, zodat ze bij de oordeelsvorming geweerd moeten worden, of dat emoties een positieve invloed hebben op de kwaliteit van het rechterlijk oordeel, zodat

ze misschien wel bevorderd moeten worden. Het tweede deel van de centrale vraag leidt dus tot een beoordeling. De criteria die gehanteerd worden bij dit oordeel zijn enerzijds ontleend aan de kwaliteitseisen die rechtzoekenden aan het rechterlijk oordeel stellen en anderzijds aan de vraag of de emotie passend is.

Het antwoord op het derde deel van de vraag leidt tot aanbevelingen voor het gebruik van emotionele overtuigingsmiddelen in de moderne procespraktijk die aansluiten bij de klassieke retorische instructies en bij de aan de cognitieve emotietheorie ontleende inzichten.

2. Methodische verantwoording

2.1 *Interdisciplinair rechtswetenschappelijk onderzoek*

2.1.1 *Object van onderzoek*

Het onderwerp van dit onderzoek maakt deel uit van het grotere thema van retorica en recht waarbij het recht wordt gezien als een retorische praktijk. Wanneer we de rechtspraak door de retorische bril bezien, ligt de nadruk op twee aspecten van juridisch handelen die nauw met elkaar in verband staan: overtuigen en oordelen. Hoewel dit onderzoek relevant is voor overtuigen en oordelen in een algemene juridische context, is de centrale vraag toegespitst op de rechtspraak, omdat dit de prototypische situatie is voor juridisch overtuigen en oordelen en omdat dit het schoolvoorbeeld is van retorisch handelen.

De rechtspraak is prototypisch voor het juridisch overtuigen en oordelen omdat daar het meest zichtbaar is dat het in het recht altijd gaat over het maken van keuzes, dat deze keuzes rechtsgevolgen hebben, dat deze ingrijpen in de omstandigheden van de rechtzoekenden en dat deze de maatschappelijke opvattingen mede vormgeven.

Dat rechtspraak een retorisch karakter heeft, heeft Witteveen al laten zien. Hij toont aan dat rechtspraak is vormgegeven als een retorische situatie.³⁸ Twee partijen³⁹ proberen hun eigen visie op een kwestie zo sterk mogelijk naar voren te brengen en de visie van de ander te verzwakken in hun poging om een oordelende instantie, de rechter, te overtuigen.⁴⁰ De rechtspleging kent allerlei procedure regels om het vrije debat tussen partijen te waarborgen,

38 Witteveen 1988, 51-77, 138.

39 Door over 'partijen' spreken lijkt het of ik alleen over het civiele recht spreek, maar ik gebruik deze term in algemene zin. Ook in het strafrecht, het bestuursrecht, het familierecht staan twee partijen tegenover elkaar die ieder een eigen opvatting hebben over hun gemeenschappelijke belang en die ook eigen belangen nastreven.

40 Zie ook Nieuwenhuis 2007, 73.

zodat partijen vrij zijn om hun eigen verhaal te presenteren, om de eigen kwalificatie en waardering van de feiten te beargumenteren, om retorische middelen te gebruiken en daardoor strategisch-communicatief te handelen. Door het vrije debat bieden partijen elkaar tegenwicht. Juist dit tegenwicht beperkt de kans dat één van beide partijen misbruik maakt van de retorische middelen. De rechter – als kritische oordelende instantie – bewaakt de grenzen van en de voorwaarden voor het vrije debat en is tevens de toehoorder op wie de partijen hun pijlen richten. Hij heeft dus een dubbele taak: hij is controleur en oordelende instantie. Als controleur wordt hij ondersteund door de procesregels en de beginselen van procesrecht die tot doel hebben deze vrije debatruimte te creëren. Als toehoorder vindt hij steun in zijn kennis van het recht en zijn kennis van de retorica. De rechtspraak heeft hierdoor alle kenmerken van een retorische situatie.⁴¹

Of een onderwerp het object van rechtswetenschappelijk onderzoek kan zijn, is afhankelijk van twee kenmerken: het karakter van het onderwerp en de methoden van onderzoek. Wanneer het onderwerp een juridisch karakter heeft, dus op het terrein van het recht ligt, en onderzocht kan worden met de rechtswetenschappelijke methoden is er in ieder geval sprake van een onderwerp dat zich leent voor rechtswetenschappelijk onderzoek. Wanneer een onderwerp op het terrein van het recht ligt en niet onderzocht kan worden met alleen rechtswetenschappelijke methoden kan het zich toch lenen voor rechtswetenschappelijk onderzoek. Kennelijk is het karakter van het onderwerp doorslaggevend.

Wanneer ligt een onderwerp op het terrein van het recht? Hierover bestaat een enge en een ruimere opvatting. In de enge opvatting ligt een onderwerp op het terrein van het recht wanneer het probleem te maken heeft met het inpassen van nieuwe ontwikkelingen in het rechtssysteem:

De rechtswetenschapper tracht in de eerste plaats een zodanige beschrijving en interpretatie te geven van nieuwe juridische of maatschappelijke ontwikkelingen dat deze *kunnen worden ingepast* in het systeem van het recht. *Consistentie en coherentie* van het systeem als zodanig staat hierbij voorop ... Geprobeerd wordt steeds om een bepaald nieuw (maatschappelijk of juridisch) probleem te doen aansluiten bij het bestaande rechtssysteem ... door gebruik te maken van bepaalde basisbegrippen en beginselen *in dat rechtssysteem zelf*.⁴²

In deze opvatting wordt het recht gezien als een dynamisch systeem van regels en beginselen en heeft de rechtswetenschap de taak om de maatschappelijke of juridische veranderingen in te bedden in het bestaande rechtssysteem. De

41 Zie ook Witteveen 2001, 352, 385-386.

42 Westerman & Wissink 2008, 504.

kern van het onderzoek is dan begripsvorming, kwalificeren van de ontwikkeling, rechtsgevolgen bepalen, interpreteren, vergelijken, argumenteren, allemaal bewerkingen die passen binnen de rechtswetenschappelijke methoden.⁴³ In de ruime opvatting van het juridische karakter van een onderwerp wordt het rechtssysteem breder opgevat. Het rechtssysteem omvat dan niet alleen de rechtsnormen, maar ook de mensen en de instituties die de normen maken of hanteren, en de beslissingen die met behulp van de normen worden genomen of de handelingen die op grond van de normen worden verricht.⁴⁴

Wanneer het juridische karakter van een onderwerp ruim wordt omschreven ligt de centrale vraag van dit onderzoek op het terrein van het recht, omdat de vraag betrekking heeft op de rol die de emoties van de rechter spelen (de mensen en instituties die de normen hanteren), op het effect dat zij hebben op de rechterlijke oordeelsvorming (de beslissing die met behulp van de normen wordt genomen) en op de technieken die een jurist mag hanteren bij het overtuigen (de handelingen die op grond van de normen worden verricht).

De drie gestelde deelvragen kunnen echter niet met alleen rechtswetenschappelijke onderzoeksmethoden worden beantwoord, ze vereisen een combinatie van historisch, psychologisch en filosofisch onderzoek. Dit boek bevat een verslag van een vorm van interdisciplinair rechtswetenschappelijk onderzoek waarbij drie andere disciplines als hulpwetenschap worden gebruikt. De ideeën en onderzoeksresultaten uit de hulpdisciplines zullen worden gebruikt om een juridisch fenomeen te verklaren en geschikt gemaakt voor gebruik in de rechtswetenschap.⁴⁵

2.1.2 *Rechtsgeschiedenis als hulpwetenschap in dit onderzoek*

Aangezien de moderne wetenschappelijke literatuur de overtuigingskracht van emotionele overtuigingsmiddelen niet verklaart en nogal beperkte aanwijzingen geeft voor het gebruik ervan,⁴⁶ wend ik me tot de bron – namelijk

43 Vgl. Herweijer 2003, 31.

44 Deze omschrijving van het rechtssysteem is gebaseerd op de driehoek van Schuyt. Deze driehoek kent drie hoekpunten: het ideële, het operationele en het actuele element: Schuyt 1983, 11-18.

45 Zie voor een typering van de verschillende vormen van interdisciplinair onderzoek in de rechtswetenschap Taekema & Klink 2009.

46 De beste aanwijzingen geeft Spolders in haar praktische boek dat vooral terugrijpt op de retorica van Aristoteles. Zij benadrukt dat de overtuigingskracht van een argument (logos) toeneemt als het gecombineerd wordt met de emotionele overtuigingsmiddelen (ethos en pathos) en dat emotionele middelen tot doel hebben de toehoorders ontvankelijk te maken voor de woorden van de spreker doordat de spreker hen iets positiefs (nuttigs, aangenaams, voordeligs) heeft te bieden: Spolders 1997, 24-34. Andere schrijvers beperken zich tot een beschrijving van de klassieke retorica of beperken hun aandacht tot het ethos van de pleiter. Zie bijvoorbeeld de bijdragen over retorica aan de bundels: Feteris e.a. 1994, 234-277; Feteris e.a. 1997, 176-218.

tot de klassieke retorica – om een verklaring te vinden voor de overtuigingskracht van emoties.

Hierbij zal ik drie auteurs bestuderen: Aristoteles, Cicero en Quintilianus. De keuze voor deze auteurs heeft twee redenen. Op de eerste plaats onderscheiden zij zich van de meeste andere klassieke retorici omdat ze een retorica voorstaan waarin de drie overtuigingsmiddelen – ethos, logos en pathos – een gelijkwaardige rol vervullen in de hele redevoering. In de klassieke retorica – en ook in veel moderne literatuur – geven andere auteurs het advies om in de inleiding van een pleidooi de nadruk te leggen op het ethos van de pleiter en om in de afsluiting een beroep te doen op de emoties van de toehoorder.⁴⁷ De drie genoemde retorici gaan ervan uit dat de pleiter de drie overtuigingsmiddelen gedurende het hele pleidooi gebruikt als leidraad voor alle technieken die hij inzet. Dus zowel bij de feiten die hij presenteert, de argumenten, de stijl en de ordening die hij gebruikt, zal hij zich steeds af moeten vragen wat het effect van de techniek is voor zijn ethos en voor de gemoedsgesteldheid van de toehoorder. De kunst van het overtuigen is in de ogen van deze auteurs een intellectuele én een emotionele bezigheid. Om dit te kunnen moet de pleiter psychologische kennis en inzicht hebben: hij moet in staat zijn om eigen emoties en die van anderen te begrijpen en te bespelen.

De tweede reden om voor deze auteurs te kiezen is dat zij een verband leggen tussen de overtuigingsmiddelen die de pleiter kan gebruiken en de manier waarop de toehoorder oordeelt. Een van de stelregels van de retorica is dat de pleiter rekening moet houden met zijn publiek. Dit houdt in de ogen van de drie retorici niet alleen in dat hij rekening moet houden met verwachtingen en voorkennis van het publiek, maar ook dat hij moet inspelen op de manier waarop dit specifieke publiek oordeelt. Oordelen vatten zij op als een activiteit waarbij de toehoorder na intern beraad een opvatting aanneemt ten aanzien van een situatie of een vraagstuk en bepaalt wat een goede handeling of beslissing is.⁴⁸ Deze auteurs propageren het gebruik van emotionele overtuigingsmiddelen omdat emoties in de praktijk nu eenmaal een rol spelen bij de oordeelsvorming van de toehoorder.⁴⁹ Deze praktische invalshoek maakt de opvattingen van deze auteurs bij uitstek relevant voor de rechtspraak.

Omdat de drie auteurs deze gemeenschappelijke uitgangspunten vanuit verschillende invalshoeken beschrijven – Aristoteles geeft een theoretische beschouwing terwijl Cicero meer praktijkgericht is en Quintilianus zich bij uitstek richt op de rechtspraak; Aristoteles probeert te systematiseren terwijl de Romeinen willen onderwijzen – biedt de bestudering van de drie

47 Leeman & Braet 1987, 66-68.

48 Zie bijvoorbeeld Aristoteles (ong. 330 vC) 1999, 1140a:25-1140b:30, 1142a:31-1142b:35.

49 Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1377b:20-30; Cicero (55 vC) 2004, II:178; Quintilianus (ong. 95) 2001, VI.1:10-11, VI.2:6-7.

boeken naast elkaar zowel inzicht in de theorie als in de praktijk van de retorica die hen voor ogen stond.

Van de genoemde klassieke schrijvers heeft Aristoteles de emoties het meest diepgaand geanalyseerd en een emotietheorie ontwikkeld waaruit blijkt dat emotionaliteit en rationaliteit niet tegenover elkaar staan, maar met elkaar verbonden zijn, omdat elke emotie ook een inschatting van de situatie – ofwel een cognitie – bevat. Hij legt niet uit waarom toehoorderemoties de overtuigingskracht van een pleiter vergroten. Hij stelt alleen dát emoties van belang zijn voor de overtuigingskracht van een juridisch pleidooi, omdat de emoties van de toehoorder nu eenmaal diens oordeel beïnvloeden. Ook Cicero legt een pragmatisch verband tussen de overtuigingskracht van emoties en de invloed van emoties bij het oordelen. Bestudering van deze twee klassieke auteurs is nodig om de eerste deel van de centrale vraag te beantwoorden, het maakt het namelijk mogelijk om een beschrijving en een verklaring te geven van het klassieke retorische advies om de overtuigingskracht van het juridische pleidooi te vergroten door een beroep te doen op de emoties van de rechter en zodoende diens oordeelsvorming te beïnvloeden. Hierbij zal ik vooral gebruikmaken van *Rhetorica* van Aristoteles en van de *De Oratore* van Cicero. Van beide boeken is een goede Nederlandse vertaling voor handen.⁵⁰

Voor de derde deelvraag zullen de klassieke adviezen over het hanteren van de emotionele overtuigingsmiddelen vertaald worden naar de moderne praktijk. De klassieke adviezen ontleen ik vooral aan Quintilianus' *Institutio oratoria* in de vertaling van Gerbrandy.⁵¹ Quintilianus heeft uitdrukkelijk de bedoeling gehad een retorisch leerboek te schrijven voor de rechtspraak, waarin hij een systematische uiteenzetting geeft van retorisch handelen. Daarbij geeft hij onder meer aan hoe ethos gestalte te geven en hoe pathos te gebruiken. Ik vul zijn adviezen waar nodig aan met die van de twee andere klassieke auteurs en probeer deze uiteindelijk te vertalen naar de huidige tijd.

Kan een moderne jurist überhaupt iets met de klassieke retorische adviezen die zo'n 2000 jaar geleden relevant waren? Deze adviezen stammen immers uit een tijd dat de rechterlijke procedure enorm verschilde van de huidige. In het Athene van de 4^{de} eeuw voor Christus (vC) – de tijd waarin Aristoteles leefde – werd de procedure bijvoorbeeld gevoerd door en voor leken. De rechterlijke instantie kon bestaan uit honderden burgers. Zij moesten meteen, na afloop van de pleidooien, beslissen door één van de partijen gelijk te geven. Zij mochten geen vragen stellen en niet overleggen. De uitspraak was mondeling en er was geen hoger beroep mogelijk. Het rechtssysteem

50 Wanneer de betekenis van een passage niet helemaal duidelijk was, heb ik naast de Nederlandse vertaling de Engelse vertalingen van Freese (Aristotle (ong. 345 vC) 1975) en van May & Wisse (Cicero (55 vC) 2001) geraadpleegd.

51 Gerbrandy's vertaling van de *Institutio oratoria* is een zeer goed leesbaar: Quintilianus (ong. 95) 2001.

was nauwelijks ontwikkeld, zodat het oordeel van de juryleden vooral door hun persoonlijke geweten en de overtuigingskracht van de partijen – zij moesten hun eigen zaak bepleiten – werd bepaald. In een dergelijke procedure is het niet verwonderlijk dat een pleiter werd geadviseerd de emoties van zijn publiek te bespelen. De huidige rechterlijke procedure lijkt echter eerder een professioneel en zakelijk pleidooi te vereisen, waarin de pleiter alleen gebruikmaakt van juridische argumenten.

Het verschil tussen de procespraktijk in Athene en de huidige kan beschreven worden aan de hand van Wiarda's begrippenpaar autonoom/heteronoom. Wiarda spreekt van autonome rechtsvinding in de volgende situatie: 'er bestaan geen wetten; de rechter oordeelt naar zijn persoonlijke appreciatie van elk individueel geval eigenmachtig en arbitrair', terwijl bij heteronome rechtsvinding juist de objectieve van buiten de beslisser komende factoren – welomschreven wetten – doorslaggevend zijn.⁵² Volgens Wiarda bestaat er een glijdende schaal tussen de twee uitersten en de werkzaamheden van de rechter kunnen ergens op deze glijdende schaal worden geplaatst. De procespraktijk in Athene zou met gebruikmaking van deze terminologie getypeerd kunnen worden als tamelijk autonoom, terwijl de moderne procespraktijk een betrekkelijk heteronoom karakter heeft.

De veronderstelling lijkt gerechtvaardigd dat de emoties van de rechter een grotere rol spelen bij de oordeelsvorming wanneer er sprake is van een meer autonome rechtsvinding. Het belang van de retorica en dus van het gebruik van emotionele overtuigingsmiddelen zou dan samenhangen met de mate waarin de rechter vrij is om naar persoonlijke willekeur te beslissen. Als deze veronderstelling juist is, zouden de klassieke retorische adviezen irrelevant zijn voor de huidige procespraktijk omdat ze samenhangen met het autonome karakter van de procesvoering in de klassieke oudheid.

De drie retorische auteurs die ik bestudeer, leefden in een tijdsbestek van ongeveer 500 jaar. In deze periode is de ontwikkeling van de retorica verplaatst van Athene naar Rome en is het recht geëvolueerd: in Athene van Aristoteles kan de rechtspraak nauwelijks getypeerd worden als een rechtsstrijd, terwijl in het Rome van Quintilianus de ontwikkeling van het recht zich in een overgangsfase bevond naar meer gecentraliseerde, door de keizer aangestuurde procedures, waarin wel sprake was van een rechtsstrijd.⁵³ Toch zijn de retorische adviezen voor de procesrede in het verloop van die 500 jaar niet echt veranderd. Als ik aan kan tonen dat de procespraktijk in deze periode meer heteronoom van karakter is geworden, dan kan ik daaruit de

52 Wiarda 1999, 13-15. Wiarda gebruikt de tegenstelling heteronoom-autonoom om de rechtsvinding van dat moment (de zestiger jaren van de vorige eeuw) te beschrijven, waarbij hij een verschuiving van heteronoom naar autonoom signaleert en probeert te verklaren.

53 Tellegen-Couperus 2000.

conclusie trekken dat de klassieke retorische adviezen – zij het vertaald naar de moderne tijd – ook nu nog relevant kunnen zijn.

Om de relevantie van de klassieke retorica voor de huidige rechtspraak aannemelijk te maken, zal ik nagaan hoe het karakter van de rechtspraak in drie onderscheiden perioden te kwalificeren valt op de glijdende schaal van autonoom naar heteronoom. Daartoe worden drie momentopnamen in de geschiedenis van de rechtspleging en de ontwikkeling van het recht globaal beschreven: voor wat betreft Aristoteles beperk ik me tot het Athene van de 4^{de} eeuw vC, voor wat betreft Cicero tot Rome tijdens de late republiek in de 1^{ste} eeuw vC en voor wat betreft Quintilianus tot Rome tijdens het principaat in de 1^{ste} eeuw nC.

2.1.3 *Filosofie als hulpwetenschap in dit onderzoek*

Aristoteles heeft voor zijn systematisering van de retorica een emotietheorie ontwikkeld, waaruit een verklaring voor de overtuigingskracht van emoties volgt. Sindsdien is ruim 2000 jaar verstreken en zijn de wetenschappelijke inzichten op allerlei terreinen ingrijpend veranderd. Het ligt voor de hand dat ook de emotietheorie en de inzichten in de relatie tussen emoties, overtuigingskracht en oordeelsvorming zijn veranderd. Om de waarde van Aristoteles' theorie voor de moderne rechtspraak te kunnen vaststellen zal onderzocht moeten worden of de klassieke emotietheorie te rijmen is met de veranderde inzichten.

Sinds de 60^{er} jaren van de vorige eeuw zijn er weliswaar in de filosofie verschillende cognitieve emotietheorieën ontwikkeld, maar is er toch geen algemeen erkende cognitieve emotietheorie.⁵⁴ Daarom is het moeilijk om het begrip emotie te definiëren, elke emotietheorie hanteert een eigen emotiebegrip.⁵⁵ De betekenis van het begrip emotie kan verhelderd worden door het gebruik van het woord in de dagelijkse taal te analyseren en door vast te stellen welke bestanddelen noodzakelijk zijn om van een emotie te spreken. Het taalkundige gebruik van het woord is onduidelijk, zo is het onderscheid tussen de begrippen gevoel en emotie niet helemaal helder. Ook wat betreft de noodzakelijke bestanddelen is er geen consensus. Alston noemt zes factoren die een rol spelen bij de omschrijvingen van het emotiebegrip:

- (i) A cognition of something as in some way desirable or undesirable. (ii) Feelings of certain kinds. (iii) Marked bodily sensations of certain kinds. (iv) Involuntary bodily processes and overt expressions of certain kinds. (v) Tendencies to act in certain ways. (vi) An upset or disturbed condition of mind or body.⁵⁶

54 Pott 2003, 10. Pot stelt: 'Ondanks de adhesie aan het cognitieve paradigma, is de situatie ... toch opmerkelijk poly-paradigmatisch gebleven.'

55 Pott 1992, 26-36; Solomon 1993; Frijda 1998.

56 Alston 1967, 480 zoals aangehaald door Jacobs 2001, 49. Zie ook Pott 1992, 38-42.

De discussie tussen de verschillende cognitieve emotietheorieën spitst zich onder meer toe op de vraag welke van deze factoren noodzakelijk zijn om van een emotionele beleving te kunnen spreken. Vaak onderscheidt een emotietheorie zich van andere door één of meer van de zes factoren als het meest essentiële bestanddeel van een emotie te beschouwen. Er zijn theorieën die – factor (iii) – het gevoel als meest essentiële kenmerken bestempelen,⁵⁷ theorieën die – factor (v) – de functionaliteit van emoties benadrukken⁵⁸ en theorieën die – factor (i) – de cognitie centraal stellen,⁵⁹ verder zijn er complexe emotietheorieën die meerdere factoren essentieel achten.⁶⁰

Binnen de cognitieve emotietheorieën heb ik naar een theorie gezocht die een emotieconcept hanteert dat zo dicht mogelijk aansluit bij dat van Aristoteles, waardoor het mogelijk is om zijn 2000 jaar oude theorie te toetsen aan de inzichten in deze tijd. Daarom moet het emotiebegrip zowel een cognitief bestanddeel als een gevoel en een handelingsneiging omvatten. Het emotiebegrip ontwikkeld door de Engelse analytische filosoof Goldie past het beste bij deze eis.⁶¹

De conceptuele analyse van een emotie is nodig om – ter beantwoording van het eerste deel van de centrale vraag – een vergelijking te kunnen maken tussen het emotiebegrip dat Aristoteles hanteert en (een van) de huidige emotiebegrippen. De vergelijking van deze concepten heb ik nodig als beginpunt voor een verklaring van de overtuigingskracht van emoties en om te bepalen of de verklaring van Aristoteles te verenigen is met de moderne wetenschappelijke inzichten.

2.1.4 *Psychologie als hulpwetenschap voor het onderzoek naar emoties*

Het door de emotiefilosofie ontwikkelde emotiebegrip is sterk beïnvloed door de cognitieve psychologie.⁶² Het standaardwerk over emoties binnen de cognitieve psychologie is van de Nederlandse psycholoog Frijda.⁶³ Ook Frijda hanteert een complex emotiebegrip. Hij ziet emoties als bepalende factoren voor het menselijk gedrag en niet als hinderlijke verschijnselen die iemands redelijke gedrag verstoren. Emoties zijn functioneel en vervullen hun functie op een wetmatige manier. Frijda's functionele opvatting van emoties gebruik ik om een moderne verklaring te vinden voor de overtuigingskracht van emoties. De overtuigingskracht van emoties blijkt voort te komen uit de functie van emoties bij de informatieverwerking: ze leveren kennis op van een geheel eigen aard.

57 Zie bijvoorbeeld Damasio (1995)2000, 149-151; Wollheim 1999, 118-128.

58 Arnold 1960, 171; Frijda (1988)2001, 244-256; Frijda 2008, 14-15.

59 Belangrijke cognitivisten zijn Solomon 1977; Nussbaum 2001.

60 Zoals Sartre (1939)1987, 85 e.v. en Goldie 2000, 52 e.v.

61 Goldie 2000; Goldie 2002b; Goldie 2002a.

62 Pott 2003, 9.

63 Frijda (1988)2001; Frijda 2008.

2.1.5 *Psychologie als hulpwetenschap in het onderzoek naar de oordeelsvorming*

Aan de cognitieve psychologie ontleen ik bovendien een beslismodel om de rechterlijke oordeelsvorming te beschrijven. Nu rijst natuurlijk de vraag of wij, rechtswetenschappers, de cognitieve psychologie wel nodig hebben om de rechterlijke oordeelsvorming te beschrijven, want binnen de rechtswetenschap is ontzettend veel over het rechterlijk oordeel geschreven. Zowel in de rechtspsychologie als in de rechtstheorie is onderzoek gedaan naar het rechterlijk oordeel.

a. Impliciete taakverdeling tussen rechtspsychologie en rechtstheorie

In de rechtstheorie onderscheidt men twee fasen bij de rechterlijke oordeelsvorming. Sinds het artikel van Nieuwenhuis in 1976 worden deze fasen aangeduid met de termen: heuristische - en legitimatiefase.⁶⁴ In de heuristische fase zoekt de rechter naar een goede oplossing voor het probleem dat voorligt en in de legitimatiefase verantwoordt de rechter deze gevonden oplossing met juridische argumenten. Volgens Nieuwenhuis hoeft de rechter bij de legitimatie niet te verantwoorden wat hij in de heuristische fase heeft bedacht:

Het gaat er niet om *hoe* hij heeft *gedacht* om zijn beslissing te *vinden*, maar *wat* hij heeft *bedacht* om haar te *rechtvaardigen*.⁶⁵

Door deze voorstelling van zaken wordt de suggestie gewekt dat heuristische fase en de legitimatiefase van elkaar gescheiden zijn, waarbij de heuristische fase wordt beschouwd als een subjectieve fase die zich afspeelt in een soort black box die alleen psychologisch te verklaren is, terwijl in de rechtstheorie de nadruk wordt gelegd op de legitimatie.⁶⁶ Het onderscheid heuristiek/legitimatie heeft zodoende tot een stilzwijgende taakverdeling geleid. De rechtswetenschap houdt zich voornamelijk bezig met de legitimatiefase. De heuristische fase wordt overgelaten aan de rechtspsychologie.⁶⁷

b. Onderzoek van de heuristische fase door de rechtspsychologie

De rechtspsychologie richt zich bij het onderzoek van de heuristische fase op allerlei aspecten die bij de rechterlijke oordeelsvorming een rol kunnen spelen, zoals de werking van het geheugen, de betrouwbaarheid van getuigen-

64 Nieuwenhuis 1976.

65 Nieuwenhuis 1976, 498.

66 Zie ook Roermund 2001, 215. Een recent voorbeeld van een onderzoek waarin rechtsvinding vooral wordt beschreven als het legitimeren van een beslissing is Smith 2005, 78, 137 e.v.

67 Er zijn wel uitzonderingen op deze taakverdeling. Zo heeft Paul Scholten een belangrijke bijdrage geleverd aan het denken over de heuristische fase en heeft Hartdorp recent opnieuw aandacht gevraagd voor de heuristische fase door het belang van de intuïtie voor de rechterlijke overtuiging te benadrukken: Scholten (1931)1974; Hartdorp 2008.

verklaringen, de waardering van bewijs.⁶⁸ Daarnaast is er door rechtspsychologen onderzoek gedaan naar de wijze waarop een rechter tot een beslissing komt. Het Nederlandse rechtspsychologische onderzoek naar de rechterlijke oordeelsvorming kent echter twee beperkingen: het concentreert zich op de strafrechtelijke oordeelsvorming en het concentreert zich op de waardering van bewijsmiddelen en dus op de beslissing over de feiten. Voor de beslissing over de feiten – de bewijsbeslissing – hebben de rechtspsychologen Crombag, Van Koppen en Wagenaar de verhaalstheorie gepropageerd.⁶⁹ In deze theorie moet het bewijs zo geïnterpreteerd worden dat het in een samenhangend verhaal past dat uiteindelijk verankerd is in de kennis die we hebben over de wereld om ons heen.

Als er door de rechtspsychologie al een algemene beschrijvende theorie over de rechterlijke oordeelsvorming is ontwikkeld, dan is het de theorie van de rationele reconstructie.⁷⁰ Volgens deze theorie wordt de beslissing intuïtief genomen en wordt deze achteraf gelegitimeerd. De legitimatie vindt plaats door reconstructie van de oordeelsvorming zoals deze zou zijn verlopen als ze rationeel was uitgevoerd. Rationeel betekent dan volgens de methoden die volgens de rechtswetenschap zijn toegestaan. Deze theorie sluit goed aan bij het onderscheid tussen de heuristische – en de legitimatiefase zoals dat in de rechtswetenschap wordt gehanteerd. In de heuristische fase neemt de rechter een intuïtieve beslissing die achteraf wordt gereconstrueerd en gelegitimeerd als ware het een juridisch-rationele beslissing. De theorie van de rationele reconstructie is dan ook wel door rechtswetenschappers, zoals De Wild, overgenomen.⁷¹

Rechtspsychologen hebben in de jaren tachtig van de vorige eeuw redelijk wat empirisch onderzoek gedaan naar de invloed van de persoonlijkheidskenmerken van de rechter op het rechterlijke oordeel. Ondanks het feit dat er grote persoonlijke verschillen zijn in bijvoorbeeld de straftoemeting, heeft dit onderzoek geen significant verband kunnen aantonen tussen het oordeel en de specifieke persoonlijkheidskenmerken van de betrokken rechters.⁷²

68 Zie de verschillende bijdragen aan de (elkaar gedeeltelijk herhalende) bundels waarin een overzicht wordt gegeven van de stand van de rechtspsychologische kennis in Nederland: Koppen & Crombag 1991; Koppen e.a. 1997; Koppen e.a. 2002; Koppen e.a. 2010. Voor een overzicht van het praktische nut van de rechtspsychologie voor de waardering van het bewijs in het strafrecht: Koppen & Malsch 2008.

69 Crombag e.a. 1992.

70 Crombag e.a. 1973.

71 Wild 1980.

72 Ten Kate & Van Koppen hebben de invloed van drie persoonskenmerken op de beslissing onderzocht, namelijk persoonlijke gedragsneigingen – zoals de neiging om de zwakkere in bescherming te nemen, volgens de regels te leven e.d – de rolopvatting; en biografische kenmerken: Kate & Koppen 1984. Recent heeft De Keijser onderzocht of de strafopvatting van de rechter invloed heeft op zijn strafbeslissingen: Keijser 2002.

In Amerika is meer empirisch onderzoek naar de factoren die van invloed zijn op ‘judicial decision-making’. Deze term omvat zowel de oordeelsvorming door (leden van) de jury als die door professionele rechters, waardoor dit onderzoek vaak niet zo relevant voor de Nederlandse situatie. Bovendien heeft het onderzoek naar de invloeden op het rechterlijk oordeel vaak betrekking op de invloed van de politieke achtergrond van de rechters in het Supreme Court.⁷³ Voor zover het wel relevant is voor de Nederlandse situatie is er een waaier aan persoonlijkheidskenmerken gevonden die in meer of mindere mate van invloed zijn op de straftoemtingsbeslissing: de huidskleur (gekleurde rechters straffen iets strenger dan blanke rechters), de sekse (vrouwen blijken niet anders te oordelen dan mannen), leeftijd (jonge rechters zijn wetsgetrouwer dan oudere rechters) enzovoorts.⁷⁴ Het breed-opgezette onderzoek naar de rechterlijke oordeelsvorming van de Canadees Hogarth signaleert een significant verband tussen de taakopvatting van de rechter enerzijds en zijn selectie van de feiten en de manier waarop hij deze informatie verwerkt anderzijds.⁷⁵

Eigenlijk blijkt de rechtspsychologie niet echt geïnteresseerd in systematisch onderzoek naar de rechterlijke oordeelsvorming, noch is de rechtspsychologie gekomen met een algemene theorie over de rechterlijke oordeelsvorming. Het blijft de vraag hoe oordeelsvorming plaatsvindt, welke fouten in dit proces sluipen, of de aard van dit proces intuïtief en/of rationeel en wat de invloed van rechterlijke emoties op de oordeelsvorming is. Er is in de Nederlandse rechtspsychologie ook verbazend weinig gebruikgemaakt van de kennis over onzekere beslissingen die de cognitieve psychologie sinds de zestiger jaren van de vorige eeuw heeft ontwikkeld. Pas de laatste jaren begint daar verandering in te komen en worden deze theorieën – zij het nog mondjesmaat – ook toegepast op juridische beslissingen.⁷⁶

c. Onderzoek van het rechterlijk oordeel door de rechtstheorie

Vanuit de rechtstheorie is zo veel onderzoek verricht naar het rechterlijk oordeel dat het vrijwel onmogelijk is om dit in kaart te brengen. Dit is ook niet nodig, omdat ik hier alleen wil laten zien dat de rechtstheorie zich nauwelijks bezighoudt met het onderzoek naar de zogenaamde heuristische fase.

73 Zie bijvoorbeeld: L.S. Wrightsman, *The psychology of the Supreme Court*, Oxford/New York: Oxford University Press 2006 en R. Hastie (ed), *Inside the juror: the psychology of juror decision making*; Cambridge: Cambridge University Press 1994.

74 Zie ook Koppen & Keijser 2002, 808-810; Koppen & Keijser 2010, 868-870.

75 Dit is naar mijn weten het enige grootschalige kwantitatieve onderzoek naar de motieven van alleensprekende rechters voor hun strafbeslissing in werkelijke zaken. Magistrates (71 alleensprekende rechters) in Ontario (Canada) zijn intensief geïnterviewd en hebben gedurende 18 maanden een standaardvragenlijst ingevuld over elk vonnis dat zij wezen: Hogarth 1971.

76 Wagenaar & Crombag 2002. (Ook gepubliceerd in Koppen e.a. 2010.); Elffers 2005. (Ook gepubliceerd in Koppen e.a. 2010.); Giard & Merckelbach 2009; Dijk & Sonnemans 2009.

Daarom geef ik hier alleen een globale typering van het rechtstheoretische onderzoek naar het rechterlijk oordeel: (i) de nadruk ligt op de motivering, (ii) de nadruk ligt op de factoren die de rechter mee mag wegen bij zijn beslissing. Eigenlijk concentreert dit soort onderzoek zich op de vraag: Wat zijn rechtsnormen en hoe moet de rechter deze hanteren?, (iii) en het karakter van het onderzoek is vooral voorschrijvend (prescriptief) en nauwelijks beschrijvend (descriptief).

(ad i) In het rechtswetenschappelijk onderzoek ligt de nadruk vooral op de legitimatie van het oordeel. Deze eenzijdige nadruk is niet alleen het gevolg van de onder a. beschreven impliciete taakverdeling, maar heeft nog een dieperliggende oorzaak, die verbonden is met de aard van de rechterlijke oordeelsvorming. De rechterlijke oordeelsvorming heeft het karakter van een keuze. De heuristische fase vindt weliswaar plaats op basis van het juridische normensysteem, maar de oplossing van een geval ligt niet in deze normen ‘voorgetekend’.⁷⁷ De rechter moet allerlei keuzes maken: keuzes over de selectie en de waardering van de feiten, over de geloofwaardigheid van de verhalen van partijen, keuzes met betrekking tot de toepasselijke norm en over de interpretatie ervan, maar ook keuzes over hoe de eigen opvatting verenigd kan worden met de opvattingen in de taakomgeving. Deze keuzes zijn minstens voor een deel subjectief. Een van de centrale thema’s in de rechtsvindingsliteratuur is dan ook: hoe een oordeel dat op een min of meer subjectieve wijze gevonden wordt, aanvaardbaar gemaakt kan worden en gezag kan krijgen.⁷⁸ Het antwoord wordt steeds voornamelijk gezocht in aanscherping van de eisen voor de motivering. In de motivering moet op rationele wijze publiekelijk verantwoording worden afgelegd voor een min of meer subjectieve beslissing.⁷⁹ Rationeel betekent dan dat gebruikgemaakt moet worden van argumenten die voor juristen gezaghebbend zijn: dit noem ik de ‘juridische rationaliteit’ van de motivering. De laatste tijd blijkt meer en meer – mede door de kritiek van rechtspsychologen als Crombag, Wagenaar en Van Koppen en door de aandacht die omstreden rechterlijke beslissingen in de media krijgen – dat de eenzijdige nadruk op de ‘juridische rationaliteit’ niet of niet meer voldoende is om de uitspraken aanvaardbaar te maken en gezaghebbend te laten zijn.⁸⁰ Misschien moet de rechtswetenschap de bakens verzetten en nader onderzoeken wat er in de heuristische fase gebeurt en hoe

77 Terminologie van Roermund 2001, 224.

78 Vranken 1995. Vranken typeert rechtspreken als kiezen (p. 141), schetst de behoefte aan objectivering en de (kennistheoretische) onmogelijkheid om subjectiviteit uit te sluiten (p. 74-75) om te concluderen dat de enige mogelijkheid om de objectiviteit zo veel mogelijk te waarborgen een gedifferentieerde motiveringsplicht is (p. 148 e.v.). Zie ook Hesselink 2000, 2035.

79 Zie bijvoorbeeld Gommer 2007.

80 Zie ook Koppen 2000; Keijser e.a. 2004.

de rechterlijke oordeelsvorming verloopt, om het doel van een aanvaardbare, gezaghebbende uitspraak te bereiken.

(ad ii) Veel rechtstheoretisch onderzoek naar rechterlijke oordeelsvorming is eigenlijk onderzoek naar wat het recht omvat en welke rechtsnormen de rechter eruit af mag leiden. Dit geldt voor Scholten en Vranken, maar ook voor recenter werk als dat van Rozemond – die de rechterlijke activiteit kenschetst als constructivistisch omdat de rechter de rechtsnormen construeert door recht op te vatten als ‘de uitdrukking van een coherent schema van doelen, beginselen en belangen’ – en Hesselink – die eigenlijk stelt dat elke rechtstoepassing rechtsvormend is omdat elke algemene regel uitleg, aanvulling en correctie behoeft voordat deze in een concrete situatie kan worden toegepast. Daarom is er geen aparte redelijkheid- en billijkheidsnorm nodig, want deze toets maakt deel uit van elke rechtstoepassing.⁸¹

(ad iii) Al de tot nu toe genoemde literatuur – met uitzondering misschien van Hesselink – is prescriptief: zij geeft aan hoe het moet, hoe de rechter het beste tot een oordeel kan komen. Dit type onderzoek heeft geen algemeen geaccepteerde beschrijving van het proces van oordeelsvorming opgeleverd.⁸²

Een uitzondering die niet in deze globale typering van het rechtstheoretisch onderzoek past, is het onderzoek van Hartendorp.⁸³ Hij heeft onderzoek gedaan naar de praktijk van de civielrechtelijke oordeelsvorming. Volgens hem wordt door de eenzijdige aandacht voor de juridische rationaliteit de kern van de rechterlijke professionaliteit buiten elk onderzoek gelaten. De kern van de rechterlijke professionaliteit is de praktische wijsheid die het mogelijk maakt dat ‘ervaren professionals, zoals rechters, er in slagen in een onkenbare en onbepaalde wereld stelselmatig beslissingen te nemen die door een breed publiek als in grote lijnen juist worden beschouwd’.⁸⁴ Om de kern van de rechterlijke professionaliteit in de theorievorming tot zijn recht te laten komen stelt Hartendorp een praktisch model van oordeelsvorming voor. In dit model is ruimte voor de opvatting dat oordelen een handeling is, dat de handelingscontext van belang is, dat er ook andere dan talige kennis gebruikt wordt en dat het een proces is van groeiende overtuiging.⁸⁵

Om de drie hierboven genoemde redenen kan ik veel van het rechtstheoretisch onderzoek naar rechterlijke oordeelsvorming niet gebruiken om de invloed van emoties op de oordeelsvorming te achterhalen. Ik zal wel regelmatig refereren aan het onderzoek van Scholten en van Hartendorp. Scholten heeft zich immers als een van de weinige rechtswetenschappers

81 Scholten (1931)1974; Vranken 1995; Rozemond 1998, 38-45; Hesselink 1999.

82 Scholten heeft zich wel over het proces van oordeelsvorming uitgesproken, maar het is twijfelachtig of dit een descriptief of een prescriptief karakter heeft.

83 Hartendorp 2008.

84 Hartendorp & Wagenaar 2004-1, 66.

85 Hartendorp 2008, 127-179.

uitgesproken over de heuristische fase en fungeert daardoor als toetssteen bij de theorievorming. Hartendorp komt in zijn onderzoek langs een heel andere weg tot een aantal dezelfde conclusies als ik bereik, zij het dat bij hem de nadruk meer ligt op de professie en bij mijn onderzoek meer op de persoon van de rechter.

Om de invloed van emoties op de rechterlijke oordeelsvorming te bepalen, heb ik een theorie nodig die het mogelijk maakt om dat wat er in de heuristische fase gebeurt te beschrijven. De cognitieve psychologie heeft beslismodellen ontwikkeld die voor dit doel gebruikt kunnen worden.

d. Door de cognitieve psychologie ontwikkelde beslismodellen

In de Nederlandse literatuur over rechterlijke oordeelsvorming is maar mondjesmaat gebruikgemaakt van de beslismodellen die zijn ontwikkeld door de cognitieve psychologie. Wanneer de mens gezien wordt als een actieve informatieverwerker en -verwerker, dan wordt logischerwijs ook het menselijk oordeel als een vorm van informatie- en kennisverwerking gezien. Er zijn verschillende theorieën ontwikkeld over hoe mensen de informatie moeten waarderen om een beslissing te bereiken die voorspelbaar en bevredigend is. Deze theorieën komen tot verschillende beslismodellen, maar deze zijn in grote lijnen gebaseerd op hetzelfde stramien. De beoordelaar verzamelt de informatie die hij voor zijn beslissing gebruikt, bepaalt in welke mate de verschillende data de beslissing moeten beïnvloeden, bepaalt de mogelijke uitkomsten en wat deze waard zijn. De gegevens die het hoogst scoren, zijn het meest van invloed op de uiteindelijke beslissing en de uitkomst die het hoogst scoort is het beste alternatief.⁸⁶

Aparte beslismodellen zijn ontwikkeld voor complexe, onzekere beslissingen. Bij complexe onzekere beslissingen moeten verschillende deelbeslissingen genomen worden en de uitkomsten van deze deelbeslissingen moeten worden geïntegreerd tot een eindbeslissing, terwijl de uitkomst van de beslissing niet vaststaat en er geen criterium is om mogelijke uitkomsten te waarderen. Een voorbeeld is de keuze voor de behandeling van een kankerpatiënt. Is radiotherapie, chemotherapie of opereren het beste, of misschien een combinatie van meerdere behandelingen? Bij dit soort keuzes kunnen rationele keuzemodellen wel aangeven hoe men een zo optimaal mogelijke beslissing kan bereiken, maar zijn er problemen met het voorspellen van de uitkomst en ontbreekt een objectief criterium om de waarde van een oplossing te bepalen. Om vast te stellen wat de waarde van de uitkomst is, zou je moeten vaststellen hoe groot de kans is dat de behandeling tot de gewenste levenskwaliteit leidt en zou je de verwachte levenskwaliteit moeten waarde-

⁸⁶ Zie voor een inleiding in de cognitieve beslistheorieën bijvoorbeeld Aarts & Zeelenberg 2001; Hardman 2009.

ren. Daarvoor zou je moeten kunnen vaststellen in welke mate de behandeling leidt tot een optimale kwaliteit van leven. Maar, dit is onmogelijk. Zelfs achteraf kan noch de arts, noch de patiënt bepalen of de goede behandeling is gekozen, want het is onbekend wat de optimale kwaliteit is voor deze persoon met deze ziekte, het is onbekend wat de andere behandelingen aan 'leefwaarde' op zouden leveren en het is onbekend in welke mate de gekozen behandeling heeft bijgedragen aan de bereikte kwaliteit. De beslisser zal zijn beslissing moeten baseren op waarderingen en inschattingen, waarbij nooit kan worden vastgesteld of de meest optimale beslissing is genomen. Onzekere beslissingen kenmerken zich dus door de onzekerheid van de uitkomst omdat er meerdere oplossingen mogelijk zijn, en door onzekerheid over de waardering van de mogelijke uitkomsten omdat er geen criterium bestaat om de juistheid van de uitkomst te bepalen.⁸⁷

Ook een rechterlijk oordeel is een voorbeeld van een complexe, onzekere beslissing want hoe kun je vaststellen wat het beste, rechtvaardigste, meest aanvaardbare oordeel is?⁸⁸ Het rechterlijk oordeel is een complex, onzeker oordeel omdat er onzekerheid is over de uitkomsten en over de waardering van de uitkomsten. Of – anders gezegd – er zijn vaak meerdere oplossingen mogelijk voor de casus die voorligt, er is geen criterium om te bepalen wat een goede beslissing is en zelfs achteraf kan niet gezegd worden of de gekozen beslissing beter is geweest dan de mogelijke alternatieven. Aan het recht zelf kunnen immers geen criteria voor de aanvaardbaarheid van een uitspraak worden ontleend, omdat er – zoals bij alle praktische oordelen – geen theoretisch perspectief is buiten de praktische situatie zelf om te beoordelen of het oordeel goed is.⁸⁹

De in de psychologie ontwikkelde beslismodellen hebben tot doel het keuzegedrag van mensen te 'rationaliseren', in de zin van verbeteren en voorspelbaar maken. In de praktijk blijkt echter dat mensen heel vaak tot andere beslissingen komen dan de beslismodellen voorschrijven, of – anders gezegd – blijkt dat menselijke oordelen helemaal niet zo rationeel en voorspelbaar zijn. Toch heeft de beslistheorie de rechtswetenschapper wel degelijk wat te bieden, niet omdat de beslistheorie de rechterlijke oordeelsvorming zou kunnen (of moeten) rationaliseren, maar omdat het een conceptueel kader biedt dat het mogelijk maakt om over de heuristische fase te denken. Voor dit conceptuele kader zal ik voornamelijk gebruikmaken van het baanbrekende werk van Tversky en Kahneman en van onderzoek van anderen die hierop hebben voortgebouwd.

Tversky en Kahneman komen met twee verklaringen voor de discrepantie tussen de beslismodellen en de praktijk, namelijk (i) dat oordeelsvorming

87 Schie 1993, 123.

88 Zie ook Dijk & Sonnemans 2009, 15 (Box 5); anders Duyne & Verwoerd 1985, 22-23.

89 Garver 1994, 106; Vranken 1995, 69; Koppen 1996, 5; Hartendorp 2008, 20.

plaatsvindt door twee mentale processen: *het dubbel-beslismodel* en (ii) dat mensen bij de oordeelsvorming geen gebruikmaken van ingewikkelde modellen, maar van een beperkt aantal eenvoudige *vuistregels* (heuristics). Hun onderzoek heeft geleid tot vervolgonderzoek naar de invloed van emoties bij de oordeelsvorming.⁹⁰

2.1.6 *Het tweede en het derde deel van de onderzoeksvraag is te beantwoorden met rechtswetenschappelijke methoden*

Het tweede deel van de centrale vraag wordt onderzocht met behulp van rechtswetenschappelijke methoden. Dit is een normatieve vraag. Als norm om te bepalen of emoties het rechterlijk oordeel mogen beïnvloeden hanteer ik de kwaliteitseisen die de rechtzoekenden aan het rechterlijk oordeel stellen: neutraliteit, deskundigheid, rechtvaardigheid en een goede motivering.⁹¹ Ik zal nagaan of en in hoeverre rechterlijke emoties een bedreiging vormen voor deze kwaliteitseisen. Het uitgangspunt van dit deel van het onderzoek is dat wanneer de emotionele beleving van een rechter geen nadelig effect heeft op de kwaliteit van zijn oordeel, zijn emoties het oordeel mogen beïnvloeden. Dan wegen de voordelen kennelijk op tegen de nadelen.

Om het derde deel van de centrale vraag te beantwoorden, keer ik terug naar de klassieke retorica. De klassieke instructies voor het gebruik van emotionele overtuigingsmiddelen zullen aangepast worden aan de moderne praktijk. Hiervoor zal ik me enerzijds baseren op twee Angelsaksische auteurs die me zijn voorgedaan Katula en Frost,⁹² en anderzijds op de Gedragsregels 1992⁹³ en op de kernwaarden voor de advocaat, zoals deze zijn vastgesteld door de Commissie Van Wijmen.⁹⁴

2.2 *Theoretisch of empirisch onderzoek*

Er zijn in beginsel twee manieren om het eerste deel van de centrale vraag te onderzoeken: de theoretische en de empirische. Zoals uit het bovenstaande

90 Tversky & Kahneman 1982; Gilovich e.a. 2002; Slovic e.a. 2002.

91 Boutellier & Lünemann 2007.

92 Katula 2003; Frost 2005.

93 De Gedragsregels 1992 zijn geen verordening van de Orde van Advocaten, maar 'brengen normen onder woorden, die naar heersende opvatting in de kring der advocaten behoren te worden in acht genomen ...'. De open normen in art. 46 Advocatenwet kunnen met behulp van de Gedragsregels worden ingevuld. Zie over de verhouding gedrageregels, tuchtrecht, verordeningen Bannier & Fanoy 2005, 140-154.

94 Rapport Commissie Van Wijmen 2006, 16-22. De kernwaarden van de commissie Van Wijmen komen overeen met de algemene beginselen die zijn neergelegd in de Code of Conduct for European Lawyers zoals deze zijn aangenomen door de Council of Bars and Law Societies of Europe in Porto op 19 mei 2006. Deze gedragscode is een uitvloeisel van de Dienstenrichtlijn 1977 (77/249/EEG) en geldt voor alle grensoverschrijdende activiteiten van de advocaat binnen de EU.

blijkt heb ik ervoor gekozen de centrale vraag met behulp van een theoretisch onderzoek te beantwoorden. Ten eerste omdat de literatuurstudie centraal staat in de rechtswetenschappelijke methoden en er voldoende literatuur bij de hulpwetenschappen voor handen is. Deze literatuur bevat verslagen en resultaten van empirisch onderzoek. Zo kan een rechtswetenschapper interdisciplinair onderzoek doen en bijdragen aan de theorievorming door de resultaten uit de genoemde hulpwetenschappen toe te passen in het recht.

Er is een tweede, fundamentele reden om eerst aan theorievorming te doen. De empirische methode vereist dat er een theorie is van waaruit de hypothesen geformuleerd worden, die vervolgens empirisch geverifieerd of gefalsificeerd kunnen worden, of dat er een theorie beschikbaar is die het mogelijk maakt om de verschillende waarnemingen te ordenen.⁹⁵ Er is echter geen theorie over het effect van emoties op de overtuigingskracht van de pleiter of op de oordeelsvorming van de rechter behalve de retorica. Empirisch onderzoek is in deze fase dus nog niet aan de orde, hoogstens als een verkennend middel om tot theorievorming te komen.

De rechtswetenschapper kan twee empirische methoden als verkennend middel gebruiken om tot theorievorming te komen. De onderzoeker kan rechters vragen of en op welke manier zij gevoelig zijn voor een beroep op hun emoties (*interview*) en de onderzoeker kan rechters observeren wanneer er een emotioneel beroep op hen wordt gedaan en dit in verband brengen met hun oordeel (*observatie*).⁹⁶

Het *interview* heeft als voordeel dat het betrekkelijk gemakkelijk is uit te voeren. Het probleem is echter dat vragen naar de eigen mentale activiteit van de geïnterviewde weinig oplevert. Uit onderzoek blijkt immers dat mensen maar een beperkt inzicht hebben in hun eigen mentale processen en dat zij moeite hebben om de ware reden voor een beslissing te achterhalen.⁹⁷ Hoewel professionele oordelaars methodisch te werk gaan bij het oordelen zijn zij zich van deze methode nauwelijks bewust of zijn ze niet in staat om de gehanteerde methode expliciet te verwoorden.⁹⁸ Het is dus twijfelachtig of er een theorie ontwikkeld kan worden met behulp van interviews.

Het tweede onderzoeksmiddel, de *observatie* gaat van de veronderstelling uit dat er gedrag is dat geobserveerd kan worden en dat er een verband gelegd kan worden met het oordeel dat uiteindelijk wordt geveld. Op de eerste plaats hoeft een emotionele beleving niet tot zichtbaar gedrag te leiden. Iemand die bang is, heeft de neiging om weg te rennen, maar de geëmotioneerde

95 Huppel-Cluysenaer 1994, 135-144; Bersselaar 2003, 28-49.

96 De andere empirische onderzoeksmethode zoals kwantitatief onderzoek en het laboratoriumexperiment vereisen zo veel specialistische methodologische kennis dat dit alleen in multidisciplinair onderzoek mogelijk lijkt.

97 Nisbett & Wilson 1977.

98 Schön 1983, 49-69.

hoeft niet aan die neiging toe te geven. Het is zeer waarschijnlijk – zeker in een formele setting als een rechterlijke procedure – dat betrokkenen emoties beleven zonder dat dit zichtbaar is. Een emotionele beleving hoeft dus helemaal niet tot gedrag te leiden dat geobserveerd kan worden. En, stel dat de emotie wel geobserveerd kan worden hoe kan dit gedrag dan in verband met het oordeel worden gebracht?

Deze bezwaren tegen empirische onderzoeksmethoden vormen in elke fase van de oordeelsvorming een probleem. Het proces van oordeelsvorming speelt zich immers deels af achter het bureau en in het hoofd van de rechter, deels ter zitting en deels in de raadkamer. Wat zich achter het bureau en in het hoofd van de rechter afspeelt is mogelijk te achterhalen met een interview, maar dan stuit de onderzoeker weer op de beperkingen van deze methode. Rechters zouden getraind moeten zijn in introspectie om iets over hun eigen mentale processen te kunnen zeggen. Een andere mogelijkheid is het nabootsen van het proces van oordeelsvorming.⁹⁹ Dit is echter een arbeidsintensieve en methodisch complexe vorm van onderzoek, die iets misleidend heeft omdat het oordeel op een andere manier plaatsvindt dan gebruikelijk is en omdat de rechter weet dat zijn oordeel geen consequenties heeft. Bovendien blijkt uit empirisch onderzoek van Hogarth dat verschillen tussen rechterlijke oordelen in hoge mate worden bepaald door de manier waarop de rechters informatie verzamelen en verwerken. Als rechters de feiten op dezelfde manier omschrijven blijkt er niet veel verschil te zijn tussen hun vonnissen.¹⁰⁰ Onderzoek van de oordeelsvorming op basis van voorgekookte casus heeft dan niet veel zin.

Een gedeelte van de oordeelsvorming speelt zich ter zitting af. Het zou mogelijk zijn om ter zitting te observeren welk effect een emotioneel beroep heeft op het gedrag van de rechter. Maar dan rijzen weer de bezwaren dat niet elke emotionele beleving tot zichtbaar gedrag hoeft te leiden en dat je niet weet wat de invloed van de emotionele beleving is geweest op het uiteindelijke oordeel. Dit zou je kunnen achterhalen door het de rechter te vragen en dan ben je weer terug bij de beperkingen van het interview. Een andere mogelijkheid om het effect van een emotioneel beroep te onderzoeken zou het observeren van het overleg in de raadkamer kunnen zijn. Gezien de resultaten van observatieonderzoek van Van Duyne en Verwoerd – er blijkt nauwelijks sprake van echte discussie – is het maar de vraag of de te verwachten onderzoeksresultaten opwegen tegen de organisatorische problemen die Wagenaar

99 Er schijnt een onderzoek van Van Bergeijk en Van der Kaaden te zijn waarbij de officieren van justitie van het parket in Alkmaar werden gevraagd om hardop denkend een beslissing te nemen in een tiental zaken. Dit onderzoek heb ik echter nergens kunnen vinden. In een onderzoek naar de besluitvorming van neurologen in het diagnostische proces is gebruik gemaakt van een vergelijkbare methode, Snoek 1989.

100 Hogarth 1971, 179-201.

signaleert.¹⁰¹ Het is dus moeilijk om empirisch onderzoek te doen naar het hele proces van oordeelsvorming, noch het interview, noch de observatie lijken geschikte onderzoeksmethoden te zijn.¹⁰²

Met deze literatuurstudie naar de rol van emoties bij het overtuigen en oordelen in de moderne rechtspraak wil ik bijdragen aan de theorievorming. Aangezien de laatste decennia vanuit verschillende wetenschappelijke disciplines onderzoek is verricht naar emoties en naar de oordeelsvorming is er redelijk wat empirisch materiaal beschikbaar. Van een aantal van deze bevindingen ga ik gebruikmaken om een antwoord op de onderzoeksvraag te vinden en – waar mogelijk – zal ik gebruikmaken van empirisch onderzoek van anderen.

3. Wijze van behandeling

De beantwoording van de centrale vraag wordt vooraf gegaan door een *voorvraag*. Deze voorvraag komt in Hoofdstuk 2 aan de orde. Zoals ik hierboven al heb aangegeven is het de vraag of de klassieke retorica relevant kan zijn voor de moderne procespraktijk, omdat deze zo enorm afwijkt van de procedure in de klassieke oudheid. In dit hoofdstuk probeer ik vast te stellen in hoe-

¹⁰¹ Naar mijn weten hebben alleen Van Duyne en Verwoerd ooit een verkennend observatie-onderzoek in de raadkamer uitgevoerd en recenter Wagenaar: Duyne & Verwoerd 1985; Wagenaar 2008. Van Duyne en Verwoerd hebben gedurende een half jaar het raadkameren van dezelfde drie strafrechters geobserveerd, waarbij 27 zaken waren betrokken. Zij komen tot drie conclusies. (i) De overtuiging is cruciaal, binnen de grenzen van het recht en van de taakomgeving wordt een oplossing gezocht die zo dicht mogelijk bij de eigen overtuiging ligt. (ii) Er is nauwelijks sprake van een echte discussie. Men komt tot een groepsbeslissing zonder dat wordt ingegaan op afwijkende standpunten en argumenten, laat staan dat er in het dossier naar feiten wordt gezocht om de afwijkende standpunten te onderbouwen of te ontkrachten. (iii) Alternatieve oplossingen worden nauwelijks onderzocht. Wagenaar heeft het oordeel van rechters en van leken in straftoematingsbeslissingen met elkaar vergeleken, waarbij hij de redenering heeft geanalyseerd aan de hand van de theorie van verhaal en verankering die hij samen met Van Koppen en Crombag heeft ontwikkeld. Hij heeft de totstandkoming van de straftoematingsbeslissing in negen zaken onderzocht. De lekenpanels bestudeerden voorafgaand aan de zitting het dossier en na afloop van de zitting beraadslaagden zij. Bij de beraadslaging van de lekenpanels en bij het raadkameren van de rechters was een observator aanwezig, om verslag te doen van de gebruikte redenering. Wagenaar concludeert dat leken ongeveer even zwaar straffen als rechters, dat leken iets sneller iets bewezen achten dan rechters en dat de redeneringen die leken gebruiken om hun beslissing te verankeren ongeveer even complex zijn als de redeneringen die rechters gebruiken. Gezien de omvang van beide steekproeven is het de vraag of deze resultaten voor al het raadkameren gelden.

¹⁰² Deze problemen doen zich steeds voor bij empirisch onderzoek naar mentale processen. Cognitieve psychologen onderzoeken mentale processen dan ook voornamelijk door laboratoriumexperimenten. Aangezien alle mentale processen beschouwd worden als informatieverwerking en – verwerking kunnen ze geanalyseerd worden door de informatie die aan een proefpersoon wordt aangeboden te manipuleren en de informatieverwerking te vergelijken met een groep waar dit niet is gebeurd: Vonk & Knippenberg 2003, 34-48.

verre de nadruk op de retorische kwaliteit van het pleidooi samenhangt met het autonome karakter van de rechtspraak door de procedure, de autonomie van de rechterlijke instantie en de mate waarin er sprake is van een regelsysteem – in de zin van heteronome normen – te schetsen. Dit doe ik door de rechtspraak en de periodes waarin de drie klassieke retorici (Aristoteles, Cicero, Quintilianus) leefden met elkaar te vergelijken op genoemde punten. Al bij al spreken we dan over een periode van ruim 400 jaar (ong. 350 vC tot ongeveer 100 nC), waarin de ontwikkeling van de retorica verhuist van Athene naar Rome en waarin de rechterlijke procedure en het recht ingrijpend veranderen. Wanneer de rol van de retorica gelijk blijft ondanks al deze veranderingen, dan zal de klassieke retorica voor de moderne procespraktijk ook relevant kunnen zijn.

Het eerste deel van de centrale vraag wordt in de Hoofdstukken 3, 4 en 5 beantwoord. Dit gedeelte van het onderzoek heeft een beschrijvend en verklarend karakter. In Hoofdstuk 3 komt het systeem van de retorica aan bod en analyseer ik de klassieke opvattingen over de emotionele overtuigingsmiddelen. Door de emotietheorie van Aristoteles te reconstrueren, probeer ik zijn verklaring te vinden voor de overtuigingskracht van emoties en te achterhalen wat de verschillen zijn tussen ethos en pathos.

Om te beoordelen of Aristoteles' emotiebegrip en zijn verklaring voor de overtuigingskracht van emoties na 2000 jaar overeind zijn gebleven, maak ik in Hoofdstuk 4 een keuze voor een complexe cognitieve emotietheorie. Zowel in de cognitieve emotietheorieën als in de opvatting van Aristoteles maakt een waarderende gedachte deel uit van een emotie.¹⁰³ In de cognitieve opvatting is het begrip emotie niet meer gereserveerd voor plotselinge gemoedsbewegingen die leiden tot impulsief, redeloos gedrag, maar worden emoties opgevat als een manier om snel en adequaat, zelfs intelligent op de wereld te reageren, en als een manier om informatie over de wereld te verwerven en/of te verwerken.¹⁰⁴ Het doel van Hoofdstuk 4 is om een theorie te ontwikkelen die een verklaring biedt voor het soort informatie dat emoties verschaffen en voor hun overtuigingskracht.

Er is een nauwe samenhang tussen overtuigen (pleiter) en de manier waarop het publiek (de rechter) tot een oordeel komt. Wanneer is vastgesteld wat naar moderne inzichten de verklaring voor de overtuigingskracht van emoties is, wend ik me dan ook tot de oordeelsvorming. Wanneer de cognitieve psychologie het oordelen als een vorm van informatie- en kennisverwerking ziet, dan rijst de vraag wat de emotionele informatie toevoegt aan en welk effect deze heeft op de informatieverwerking die tijdens de rechterlijke oordeelsvorming plaatsvindt. In Hoofdstuk 5 gebruik ik een cognitieve beslis-

103 Onder anderen Fortenbaugh 2002; Nussbaum 1996a; Nussbaum 2001; Power & Dalglish 2008. Genuanceerder Pott 2008.

104 Clore 1994, 103.

theorie als beschrijvend instrument voor de rechterlijke oordeelsvorming. Wanneer duidelijk is hoe de oordeelsvorming door professionele beslissers verloopt, kan onderzocht worden welke invloed emoties hebben op dit proces. De aandacht richt zich dan op de rechter als subject van emoties en op het effect van de emoties die de rechter tijdens de oordeelsvorming beleeft. In dit hoofdstuk ontwikkel ik een theoretisch model voor de wijze waarop emoties het proces van oordeelsvorming beïnvloeden. Met dit model wordt het beschrijvende en verklarende deel van dit onderzoek afgesloten.

Wanneer het effect van rechterlijke emoties op de oordeelsvorming is vastgesteld, kan bepaald worden of rechterlijke emoties de kwaliteit van het oordeel bedreigen en of er voorwaarden geformuleerd kunnen worden om dit te voorkomen. *Het tweede deel van de centrale vraag* heeft een normatief karakter. Dit deel staat centraal in Hoofdstuk 6. Mogen de emoties van de rechter zijn oordeel beïnvloeden en – hiermee samenhangend – mag de pleiter gebruikmaken van emotionele middelen om de rechterlijke emoties op te wekken? Als norm fungeren de eisen van neutraliteit, deskundigheid en rechtvaardigheid.

Het derde deel van de centrale vraag wordt in Hoofdstuk 7 beantwoord. Dit antwoord bevat aanbevelingen voor de pleiter en voor de rechter. Wat betreft de pleiter zullen de klassieke retorische adviezen aangepast worden aan het gebruik in de moderne rechtspraak en getoetst worden aan de Gedragsregels. Wat betreft de rechter zal de eis van de goede motivering nader onderzocht worden. Wordt de kwaliteit van de motivering beter als de rechter zich bij de motivering opstelt als een retoricus en gebruikmaakt van emotionele middelen? Het zou wel eens in het belang kunnen zijn van de responsiviteit (in de zin van: beter aansluitend bij het rechtsgevoel van de burger) van de rechtspraak wanneer het rechterlijk oordeel niet enkel wordt opgevat als een rationele afweging van juridisch-technische argumenten, maar wordt gezien als een retorische gebeurtenis waarbij iemand een ander tracht te overtuigen. Een belangrijke retorisch advies is om de argumenten en de overtuigingsmiddelen toe te snijden op de toehoorder. Dit advies heeft verstrekkende gevolgen voor de rechter, omdat deze een divers publiek heeft. De rechter moet met zijn motivering partijen, beroepsgenoten, juristen en het grote publiek overtuigen. Maar, niet elk van deze publieksinstanties laat zich door dezelfde middelen overtuigen. Een retorische motivering van de beslissing die zich tot partijen richt, zou wel eens een grotere nadruk op emotionele overtuigingsmiddelen kunnen eisen dan een retorische motivering die zich tot beroepsgenoten richt. In dit hoofdstuk komt dus de rechter als gebruiker van emotionele middelen aan bod.

In Hoofdstuk 8 wordt de centrale vraag beantwoord en worden conclusies getrokken.

De retorica en het karakter van de klassieke rechtspraak

Waarin de vraag wordt beantwoord of de klassieke retorica nog wel relevant is voor de moderne rechtspraak omdat de verschillen in de rechterlijke procedure en de omgang met het recht tussen de klassieke oudheid en nu enorm groot zijn. In hoeverre hangt de nadruk op de emotionele overtuigingsmiddelen – in de perioden waarin Aristoteles, Cicero en Quintilianus leefden – samen met het karakter van de rechtspraak?

1. Drie momentopnamen in de geschiedenis van de retorica

De klassieke retorici onderscheiden drie soorten redes: de politieke redevoering, de feestrede en de procesrede.¹ In deze studie staat de procesrede centraal. Volgens de klassieke retorici kan het belang van de emotionele overtuigingsmiddelen in de procesrede nauwelijks worden overschat. Het kan zijn dat het belang van de retorica – en dus ook de nadruk op de emotionele overtuigingsmiddelen – nauw verweven is met de kenmerken van de rechtsgang in de verschillende perioden in de klassieke oudheid.² Als dit zo is, zou de relevantie van de klassieke adviezen voor de huidige procespraktijk wel eens zeer betrekkelijk kunnen zijn, omdat er grote verschillen bestaan tussen de rechtspraak in de klassieke oudheid en die van tegenwoordig.

Om te achterhalen in hoeverre het belang van de retorica samenhangt met de kenmerken van de procedure en vooral met de mate waarin de rechter autonoom kan beslissen, vergelijk ik de rechtspraak in de tijdvakken dat de drie retorici leefden met elkaar. Hierbij maak ik gebruik van het begrip *autonome/heteronome rechtsvinding* van Wiarda. Bij *autonome rechtsvinding* bestaan er ‘geen wetten; de rechter oordeelt naar zijn persoonlijke appreciatie van elk individueel geval eigenmachtig en arbitrair’, terwijl bij *heteronome rechtsvinding* ‘de rechter de welomschreven wetten strikt

¹ Anders Cicero (55 vC) 2004, II:41-50. Cicero betwijfelt of de lofredes wel een apart genre met aparte instructies is, want iemand die de politieke en de procesrede beheerst, beheerst de algemene retorische voorschriften en kan een overtuigende redevoering produceren over elk onderwerp.

² Zie voor een overzicht van de ontwikkeling van de retorica Leeman & Braet 1987, 2-45.

gehoorzaamt'.³ De werkwijze van een rechter kan ergens op de glijdende schaal tussen deze begrippen worden ingedeeld. Uitgaande van de veronderstelling dat de emoties van de rechter een grotere rol spelen bij rechtspraak waarin de rechter vrij is om naar persoonlijke willekeur te beslissen, zou de nadruk op het gebruik van emotionele overtuigingsmiddelen samen kunnen hangen met de mate waarin de rechtspraak autonoom is. Om te bepalen in hoeverre de rechtspraak in de verschillende perioden (Athene 4^{de} eeuw vC; Rome 1^{ste} eeuw vC en 1^{ste} eeuw nC) autonoom is, richt ik me op drie vragen: Zijn de actoren in de rechtspraak deskundigen op het terrein van het recht? Is er sprake van een regelsysteem? Hoe gaat men om met de rechtsbronnen?

1.1 De rol van de retorica in Athene en Rome

1.1.1 De Griekse periode

Aristoteles (384-322 vC) leefde in de periode dat de democratie in de stadstaat Athene floreert.⁴ In de twee belangrijkste instituties van de stadstaat – de volksvergadering en de rechtspraak – staat de wil van de *demos* (het volk) centraal. Hoewel niet alle publieke beslissingen door het gehele volk worden genomen – dit is praktisch niet haalbaar – zijn een groot aantal burgers bij de besluitvorming betrokken, omdat een grote hoeveelheid, anonieme burgers het beste de *demos* als geheel kan vertegenwoordigen.⁵ Zo bestaan de Atheense gerechten uit tientallen, honderdtallen en soms zelfs duizenden mannen.⁶

De Atheense democratie en de retorica zijn onverbrekkelijk met elkaar verbonden. Wie maatschappelijke invloed wil hebben en groepen mensen wil bewegen om een bepaalde beslissing te nemen, moet in staat zijn om goede argumenten aan te voeren en gebruikmakend van psychologische inzichten zijn verhaal op een boeiende manier kunnen presenteren. Wil een burger deelnemen aan het publieke leven en de politieke of gerechtelijke besluitvorming beïnvloeden, dan zal hij over deze vaardigheden moeten beschikken.

Sinds de zesde eeuw trekken er dan ook leraren rond die – vooral in Athene – tegen betaling les geven in het spreken in het openbaar. Deze *sofisten* pretenderen niets meer en niets minder dan dat zij iemand kunnen leren om zo te spreken dat hij 'gelijk krijgt'. Zij geven vooral richtlijnen voor de argumentatie, de vorm, de stijl, het woordgebruik. Een van de bekendste sofisten is Gorgias. Hij is ervan overtuigd dat mensen alleen te maken hebben met waarschijnlijkheden en niet met waarheden en zekerheden. Daarom gaat het

3 Wiarda 1999, 13-15.

4 De vijfde tot en met de vierde eeuw vóór Christus.

5 Yunis 2005, 191-192.

6 Naar schatting heeft Athene in de periode van de democratie (507-322 vC) 200.000 inwoners, waarvan 30.000 mannelijke burgers het voor het zeggen hebben: Hooff 2008, 13.

er niet om of een spreker gelijk heeft, maar of hij gelijk krijgt. En om gelijk te krijgen moet hij, volgens Gorgias, niet alleen goed kunnen argumenteren, maar vooral zijn publiek kunnen betoveren, met technieken uit de toneel- en de dichtkunst. Deze sofistieke retorica legt de nadruk dan ook vooral op de stilistische middelen om een verhaal overtuigend te maken.

Omdat er geen advocatuur en geen openbaar ministerie bestaat, moet elke rechtzoekende voor zichzelf pleiten. Burgers die daartoe niet in staat zijn, laten door een logograaf een gerechtelijke redevoering schrijven en dragen deze dan vervolgens zelf voor. Bekende logografen als Isocrates en Lysias distantiëren zich van het ideaal van sofisten als Gorgias om het publiek met het gesproken woord te verleiden en brengen een technischer vorm van de retorica in de praktijk. Hun betoog kent een vaste ordening en drie overtuigingsmiddelen. De overtuigingsmiddelen die een pleiter moet gebruiken, zijn: *ethos* (de pleiter moet betrouwbaar en sympathiek overkomen), *logos* (hij moet goede argumenten aanvoeren) en *pathos* (hij moet de emoties van het publiek bespelen). De drie overtuigingsmiddelen hebben ieder een eigen plaats in de redevoering: *ethos* moet toegepast worden in de inleiding, *logos* in de argumentatie en *pathos* in de afsluiting. In de inleiding moet de pleiter zichzelf zó presenteren dat het publiek hem sympathiek vindt en wil luisteren, in de argumentatie moet hij de argumenten aanvoeren en in de afsluiting moet hij de laatste kans benutten om het publiek voor zich te winnen door ze te ontroeren.⁷

Tegen beide opvattingen van de retorica komt een tegenbeweging op gang. Sofisten en logografen zouden te veel nadruk leggen op de vorm en op het taalgebruik van het pleidooi. Deze eenzijdige aandacht leidt enerzijds tot gekunsteld en dichterlijk taalgebruik en anderzijds reduceert het de retorica tot een techniek, een handigheid. Het beperkte doel om gelijk te krijgen – los van de vraag of de pleiter ook werkelijk gelijk heeft – zou tot relativisme leiden en tot het ontwikkelen en gebruik van allerlei drogredenen.⁸

Een beroemd vertegenwoordiger van deze tegenbeweging is Plato die in de dialoog *Gorgias* deze opvatting van de retorica afwijst. Sofisten zouden hun leerlingen leren om de toehoorders te bedriegen door hen te manipuleren. Zo doet de sofistieke retorica de waarheid geweld aan, terwijl de filosofie juist gericht is op het vinden van de waarheid. Ook hekelt Plato de technische en mechanische opvatting van retorica. De pleiter zou zijn publiek echt begrip moeten bijbrengen, op een manier die rekening houdt met de menselijke natuur. In de *Phaedrus* oppert Plato de mogelijkheid van een retorica gebaseerd op filosofische en psychologische inzichten en gebruikmakend van de

7 Leeman & Braet 1987, 6-8.

8 Huys 2004, 9.

logische analyse van het te bespreken onderwerp.⁹ Dit is precies wat Aristoteles (384-322 vC) probeert te doen. Hij werkt de beginselen van de retorica systematisch uit en wel op een zodanige manier dat de retorica bruikbaar is in de praktijk en ten dienste staat van de waarheid. Hij verstaat onder retorica het vermogen om de juiste overtuigingsmiddelen te vinden en deze op een overtuigende manier in een pleidooi te gebruiken.¹⁰

Aan de democratische uitgangspunten van de stadstaten komt een einde in de vierde eeuw vC door de veroveringen van de Macedonische vorsten (Philippus II en Alexander de Grote) van de Hellenistische wereld. De welsprekendheid verliest haar betekenis voor de politieke besluitvorming omdat deze gecentraliseerd wordt, maar blijft wel van betekenis voor de procesrede. Na Aristoteles gaat de theorievorming door, maar Aristoteles' invloed op deze ontwikkeling is betrekkelijk gering, omdat er voornamelijk wordt teruggegrepen op de ideeën van de sofisten. In latere handboeken zijn ethos en pathos weer op sofistieke wijze verbonden met de inleiding en de afsluiting. De invloed van *Retorica* op de latere theorievorming is voornamelijk indirect, dus via het werk van anderen. Cicero, Quintilianus en latere humanisten als Erasmus zijn schatplichtig aan Aristoteles' *Retorica*.¹¹

1.1.2 De Romeinse perioden

Cicero (106-43 vC) leeft in de periode van de Late Republiek (264-27 vC) wanneer Rome een bloeitijd meemaakt. Door de verovering van het Middellandse Zeegebied bloeien handel en nijverheid op, stromen vreemdelingen naar Rome en breidt het aantal burgers zich uit.¹² In de tweede eeuw vC wordt bijna heel Griekenland door de Romeinen veroverd. De Griekse cultuur heeft grote invloed gehad op de Romeinse, waarbij het uitwerking op het Romeinse recht vooral verliep via de Griekse filosofie en retorica.¹³

Net als in de stadstaat Athene van de vijfde en de vierde eeuw vC is in Rome tijdens de Late Republiek de ontwikkeling van de retorica verbonden met de bloei van de democratie. Ook in Rome beheerst de welsprekendheid het openbare leven in die zin dat een maatschappelijke carrière en invloed op de publieke besluitvorming afhankelijk is van iemands retorisch talent en welsprekendheid. Bovendien zijn ook in Rome de politiek en de rechtspraak

9 Zie ook Leeman & Braet 1987, 8-9; Huys 2004, 9-10. De gangbare opvatting dat Plato de retorica afwijst, blijkt niet te kloppen. De opvatting van Plato was genuanceerder, zie voor deze nuances Witteveen 1988, 117-124.

10 Zie voor het verband tussen Plato's opvattingen en de retorica van Aristoteles Leeman & Braet 1987, 9-12; Huys 2004, 8-11.

11 Leeman & Braet 1987, 68; Grootendorst 1998.

12 Bij de volkstelling van 260 vC blijken er in het Romeinse rijk 290.000 Romeinse burgers te zijn en 750.000 burgers van bondgenoten. Ten tijde van Augustus spreekt men alleen al in Rome van 1 miljoen inwoners, waarvan 500.000 à 600.000 Romeinse burgers. Deze getallen zijn echter omstreden. Zie hiervoor Morley 1996, 33-39.

13 Lesaffer 2004, 63-68.

nauw met elkaar verbonden, omdat zowel de senaat als het strafproces fungeren als podium voor politieke leiders.¹⁴

Na de verovering van Griekenland komen Griekse leraren naar Rome en openen daar retorenscholen. Aanvankelijk zijn de Griekse retorenscholen omstreden, ze zouden de pleiter amorele technieken leren, maar gaandeweg worden toch steeds meer Romeinse pleiters door Griekse leraren in Rome opgeleid of trekken Romeinse studenten op hun 'grand tour' naar Griekenland om daar bij Griekse leraren te studeren. In de eerste eeuw vC worden dan ook Latijnse retorenscholen geopend en verschijnen Latijnse retorische handboeken¹⁵ die mede gebaseerd zijn op Griekse bronnen.¹⁶

De nauwe band tussen politiek, rechtspraak en retorica wordt verpersoonlijkt door Cicero die niet alleen een Romeinse staatsman is die het uiteindelijk tot consul brengt (63 vC), maar vooral een van de grootste pleiters van zijn tijd is en de schrijver van enkele gezaghebbende werken over retorica. Vooral *De oratore* is zeer invloedrijk geweest. Cicero leeft in de chaotische eindfase van de Republiek – ook wel aangeduid als de eeuw van de revolutie – waarin perioden van politieke onrust worden afgewisseld met burgeroorlogen.¹⁷ De onrust ontstaat doordat de hegemonie van een kleine elite van de senaatsstand wordt aangevochten door de hervormingsgezinde partij waarin hervormingsgezinde senatoren gesteund worden door de ridderstand, Romeinse burgers die niet in Rome wonen en het gewone volk. De sociale spanningen en de grote ambities van de legerleiders leiden tot burgeroorlogen waarin eerst de generaals Marius en Sulla tegenover elkaar staan, later de consuls Caesar en Pompeius, en weer later Marcus Antonius en Octavianus. Uiteindelijk komt de laatste als overwinnaar uit de strijd, waarna hij van de senaat de eretitel Augustus krijgt.¹⁸ Dit blijkt het eind van de Romeinse republiek te zijn en tevens het einde van de politieke welsprekendheid.¹⁹ Alleenheersers als Augustus en de keizers die op hem volgen, staan geen openbare debatten meer toe over de publieke zaak. Toch blijft de retorica in de keizertijd zowel juridisch als maatschappelijk van belang.

Quintilianus (ong. 40-100 nC) leeft tijdens de keizertijd (26 vC-284 nC). Tijdens zijn leven heeft hij de heerschappij van meer dan tien opeenvolgende keizers meegemaakt.²⁰ Aangezien de politieke welsprekendheid in deze

14 Crook 1995, 34; Lesaffer 2003, 9-10.

15 Cicero's jeugdwerk *De inventione* en de aan Cornificius toegeschreven *Rhetorica ad Herennium* hanteren beide Hermagoras als bron

16 Leeman & Braet 1987, 17-20.

17 Zie voor een beschrijving van deze periode gebaseerd op de redes van Cicero: Lesaffer 2003.

18 Lesaffer 2004, 33-35.

19 Leeman & Braet 1987, 27-30; Gerbrandy 2001, 17.

20 Tot 41 heerst Caligula en vervolgens Claudius, Neo, Galba, Otho, Vitellius, Vespasianus, Titus, Domitianus, Nerva en vanaf 98 Traianus.

periode nauwelijks relevant is, spitst Quintilianus zijn boek *Institutio oratoria* vooral toe op de juridische praktijk. De retorica is in deze periode nog wel van juridisch belang – omdat de pleiters bij juridische procedures de retorica blijven gebruiken – en van maatschappelijk belang – omdat elke jonge Romein die een maatschappelijke carrière ambieert in de leer gaat bij een retor of bij de retorenscholen. Welsprekendheid blijft een voorwaarde voor maatschappelijk succes.²¹

Onder invloed van de retorenscholen wordt in de eerste eeuw na Christus de nadruk in het retoricaonderwijs gelegd op de wijze van presenteren en op het taalgebruik, wat leidt tot een gekunstelde manier van spreken. De oorzaak hiervan is dat de retorica aan de retorenscholen los van de praktijk wordt gedoceerd en ontwikkeld. Quintilianus verzet zich tegen deze vormen van effectbejag, omdat deze in de juridische praktijk niet blijken te werken, en baseert zijn onderwijs vooral op de geschriften van zijn illustere voorganger Cicero.²²

1.2 De werkwijze van de drie klassieke retorische auteurs

1.2.1 Aristoteles

Aristoteles probeert in *Retorica* te analyseren met welke middelen we een toehoorder kunnen overtuigen en probeert deze middelen te systematiseren, waarbij hij vooral is geïnteresseerd in de overtuigingsmiddelen die in de praktijk effectief zijn.²³ Hij vat de retorica op als ‘het vermogen met betrekking tot elk onderwerp in te zien wat overtuigingskracht heeft’,²⁴ dus als de kennis van de overtuigingsmiddelen en hun gebruik. Hij deelt de opvatting van Plato dat de retorica goed of slecht gebruikt kan worden, maar hij legt – anders dan Plato die streeft naar een ethisch aanvaardbare retorica – de verantwoordelijkheid hiervoor niet in het retorische systeem, maar bij de pleiter. Deze is zelf verantwoordelijk voor de manier waarop hij de retorische kennis gebruikt.

Aristoteles dicht de emotionele overtuigingsmiddelen een belangrijke rol toe, maar vraagt nadrukkelijk aandacht voor de rationele argumenten. Om een standpunt aannemelijk te maken staan een spreker drie retorische middelen ter beschikking: de bewijsvoering én de karaktertekening van de spreker (ethos) én het beïnvloeden van de gevoelens van de toehoorder (pathos).

21 Gerbrandy 2001, 18-19.

22 Voor een voorbeeld waarin Quintilianus het onderwijs in de retorscholen afzet tegen de praktijk en Cicero aanhaalt als ideaal: zie Quintilianus (ong. 95) 2001, III.8: 55-67.

23 Leeman & Braet 1987, 56.

24 Ik gebruik de traditionele manier van verwijzen: bladzijden (1354-1420) kolommen (a en b): en regels (1-39): Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1355b: 25.

In tegenstelling tot de *Sofisten* beschouwt Aristoteles deze als gelijkwaardig en van belang bij alle onderdelen van het pleidooi.²⁵

In Aristoteles' *Retorica* staan niet de vormgeving en het taalgebruik centraal, maar de voorbereiding van het pleidooi. Dit heeft tot gevolg dat Aristoteles een – voor zijn tijd – nieuwe manier hanteert om de stof te behandelen. Eerdere handboeken behandelden achtereenvolgens de onderdelen van een rede, terwijl Aristoteles het eerste deel wijdt aan de beginselen van de retorica, vervolgens de overtuigingsmiddelen bespreekt en als laatste de vormgeving van het betoog uiteenzet.

1.2.2 Cicero

Cicero zet zich in *De oratore* af tegen de in zijn tijd bestaande handboeken,²⁶ omdat deze volgens hem te simplistisch zijn en suggereren dat welsprekendheid bereikt kan worden door de toepassing van een vaste set regels.²⁷ Zijn tweede punt van kritiek is dat de handboeken te oppervlakkig zijn omdat ze geen aandacht besteden aan de algemene en filosofische kennis die een retor moet hebben.²⁸ En zijn laatste bezwaar is dat ze onvolledig zijn omdat ze de emotionele overtuigingsmiddelen negeren.²⁹

Voor *De oratore* heeft Cicero een literaire vorm gekozen. Hij bespreekt de eigenschappen van de idealer redenaar en de technieken die hem ter beschikking staan in drie gefingeerde gesprekken tussen gerenommeerde redenaars uit zijn jeugd (waaronder Lucius Crassus en Marcus Antonius) en een aantal jonge leergierige redenaars. De gesprekken spelen zich ruim 35 jaar eerder (in 91 vC) af, in een periode die op een vergelijkbare manier politiek chaotisch is als de tijd waarin Cicero *De oratore* schrijft. De jongere gespreksgenoten dwingen de ouderen om nauwkeurig uit de doeken te doen hoe zij de retorische technieken in praktijk brengen.

Ook in dit werk is een van de centrale thema's de vraag of de retorica enkel tot doel heeft om, zoals Gorgias het beweerde, mensen te overtuigen van betwistbare opvattingen of dat het bij de retorica gaat om het zoeken naar de waarheid. Cicero zelf gaat ervan uit dat de waarheid niet door de mens kan worden gevonden en dat men dus vooral moet streven naar waarschijnlijkheid en aanvaardbaarheid. Dit kan het best door voor- en tegenargumenten met elkaar te confronteren.³⁰

Cicero besteedt in de gefingeerde gesprekken uitgebreid aandacht aan de deugden waarover de ideale redenaar moet beschikken door dit als belangrijk

25 Leeman & Braet 1987, 66.

26 Cicero (55 vC) 2004, 2: 75, 78.

27 Cicero (55 vC) 2004, 2: 5, 108, 127, 162 en 3: 54, 82, 142-143.

28 Cicero (55 vC) 2004, 1: 84, 109, 146.

29 Cicero (55 vC) 2004, 1: 87.

30 Lesaffer 2003, 132-133.

onderwerp van discussie tussen Crassus en Antonius op te voeren. Crassus bestrijdt de gangbare opvatting – verwoord door Antonius – dat de pleiter zich enkel met de vorm en de presentatie van het betoog hoeft bezig te houden, omdat de vakspecialist wel voor de inhoud zorgt. Volgens Crassus moet de pleiter echter niet alleen aanleg als pleiter hebben, maar ook over retorische vakkennis beschikken, veel oefening hebben gehad en daarnaast een brede wetenschappelijke kennis hebben, met name kennis van het recht.³¹ Antonius sluit zich in het begin van het tweede gesprek bij deze visie aan.³²

1.2.3 *Quintilianus*

Quintilianus is een man van de praktijk, hij werkt als advocaat en is de eerste van staatswege aangestelde hoogleraar in de retorica.³³ Wanneer hij zich in 92 (nC) heeft teruggetrokken als advocaat, schrijft hij een handboek waarin hij al zijn kennis en ervaring als docent en redenaar neerlegt: *Institutio oratoria* (ong. 95). Hij verzet zich tegen de gekunstelde manier van spreken die de leerlingen op de retorenscholen leren. Dit verzet is niet gebaseerd op hoge filosofische principes, maar op de ervaring dat dit soort effectbejag in de rechtszaal niet werkt. *Institutio oratoria* is aanvankelijk bedoeld als leerboek voor zijn zoon, maar wanneer deze in de loop van het schrijfproces overlijdt, richt Quintilianus zich tot alle docenten en opvoeders van toekomstige redenaars.³⁴

Voor Quintilianus is de retorica: ‘de wetenschap van het goede spreken’. Deze definitie omvat in één formule de eisen gesteld aan de redevoering, het doel van de retorica, en de eisen gesteld aan de retor, omdat ‘alleen een goed man goed kan spreken’.³⁵ De pleiter moet dan ook al vanaf zijn geboorte worden gevormd tot een intelligent, flexibel en een goed man, door aandacht te besteden aan de intellectuele, taalkundige en morele opvoeding. Hij hoeft niet alles te weten, zoals Cicero eist, maar hij moet op de hoogte zijn van elk onderwerp waarover hij spreekt, door een brede kennis van de filosofie,

31 Cicero (55 vC) 2004, 1: 45-73, 113-159, 166-203. Cicero geeft als reden voor de aandacht die hij besteedt aan de ideale redenaar dat ‘elk onderzoek van een kunst of vaardigheid zich richt op de ideale vorm daarvan.’: Cicero (55 vC) 2004, 3: 84-85. Volgens de vertaler is dit methodische uitgangspunt gebaseerd op de Ideeënleer van Plato. Ik wil een meer praktische verklaring aanvoeren voor het gebruik van deze methode. Een vaardigheid, kunst of kunde wordt – ook nu nog – voornamelijk in de praktijk aangeleerd. Na een eerste instructie leert iemand autorijden, schaatsen, pianospelen door het te doen en daarbij commentaar te krijgen van een leermeester met ervaring. Wanneer de eerste beginselen zijn verworven, kan de vaardigheid alleen maar groeien door eigen presteren te (laten) toetsen aan het ideaal.

32 Cicero (55 vC) 2004, 2:28-40.

33 Gerbrandy 2001, 14. Deze leerstoel werd door keizer Vespasianus ingesteld en werd door Quintilianus vanaf 71 gedurende 20 jaar bekleed.

34 Gerbrandy 2001, 14-19.

35 Quintilianus (ong. 95) 2001, II.15.34.

van het recht en van de geschiedenis.³⁶ Bovendien moet de ideale redenaar beschikken over retorische kennis en vaardigheden, een betrouwbaar geheugen, een aantrekkelijke voordracht en een sterke persoonlijkheid.³⁷

De *Institutio oratoria* is een handboek, dat een compleet overzicht van de retorica geeft. Hierbij hanteert Quintilianus steeds hetzelfde stramien: hij geeft de gangbare opvatting weer, evalueert deze, signaleert de problemen en doet vervolgens zijn eigen opvatting uit de doeken.³⁸ Zijn instructies zijn genuanceerd. Hij waarschuwt tegen een dogmatisch gebruik van retorische middelen en benadrukt steeds dat zijn adviezen technieken aanreiken waaruit de pleiter moet kiezen afhankelijk van de situatie en de zaak.³⁹

1.2.4 Ieder een eigen perspectief

De drie schrijvers hanteren verschillende perspectieven bij hun beschrijving van de retorica: Aristoteles hanteert een theoretische en de Romeinen een meer praktische invalshoek. Hoewel in alle drie de boeken de taken van de redenaar – im- of expliciet – als ordeningsprincipe fungeren, is de nadruk die zij leggen verschillend. Aristoteles concentreert zich op de theorie van de overtuigingsmiddelen. Hij streeft naar een retorica die gebaseerd is op een logische grondslag en tegelijkertijd rekening houdt met de praktijk, met de toehoorders en de manier waarop deze in werkelijkheid besluiten nemen. Cicero schetst het beeld van de ideale redenaar en bespreekt in dat licht de theorie en de praktijk van de redenaarskunst. Hij schetst de retorica als een complexe kunst die gebaseerd is op verschillende andere wetenschappen. Quintilianus schrijft een leerboek voor de scholing van de pleiter, daarbij steeds de praktijk als referentiekader gebruikend. Door een brede vorming (lijkend op het Bildungsideaal uit de 19^{de} eeuw) wil hij van zijn studenten goede mensen en daardoor goede sprekers maken.

Aristoteles behandelt drie soorten redevoeringen – de politieke rede, de procesrede en de feestrede – afzonderlijk en systematisch door zich af te vragen of een bepaald overtuigingsmiddel in elk type redevoering op dezelfde manier gebruikt moet worden. Cicero beperkt zich tot de politieke redevoering en de procesrede, maar hij onderscheidt deze niet systematisch. Quintilianus richt zich voornamelijk op de procesrede.

36 Quintilianus (ong. 95) 2001, II.21.15.

37 Quintilianus (ong. 95) 2001, XII.1.1-5.6.

38 Bons & Lane 2003, 135.

39 Quintilianus (ong. 95) 2001, II.13.1-2.

Retorica zou immers een zeer eenvoudig en onbeduidend vak zijn als het gevat kon worden in een enkel kort regelsysteem. Maar vrijwel alle regels worden aangepast aan de afzonderlijke zaken, de tijdsomstandigheden, de gelegenheid en de noodzaak. Bij een redenaar is daarom intelligentie het voornaamste vereiste: hij moet zich flexibel kunnen richten op steeds wisselende zwaartepunten.

Aristoteles laat zich niet uit over de eisen die hij stelt aan de pleiter. Hij houdt zich immers niet bezig met de scholing van de redenaar, maar met het bouwen van een retorische theorie die voldoet aan logische en praktische eisen. Cicero en Quintilianus stellen de praktijk centraal en niet de theorie, zij houden zich daarom juist bezig met de kwaliteiten en de scholing van de redenaar. Zij trekken de conclusie uit het uitgangspunt dat het goede of slechte gebruik van de retorische kennis niet afhankelijk is van het retorische systeem maar van de pleiter, door zich te richten op de kwaliteit van de redenaar. Cicero's ideale redenaar is een goed en wijs man, die filosofisch geschoold is en beschikt over een grote kennis van ethiek, politiek, geschiedenis en recht, die zijn taak als redenaar uiterst serieus neemt en zich bewust is van zijn grote verantwoordelijkheid jegens zijn cliënt en de gemeenschap. Ook Quintilianus streeft naar redenaars van een hoge morele en retorische kwaliteit. Zijn scholingsprogramma, dat in de wieg van de redenaar begint, omvat morele, filosofische en retorische scholing. De pleiter moet daarnaast in het bezit zijn van juridische en historische kennis en moet beschikken over een betrouwbaar geheugen, een aantrekkelijke voordracht en een sterke persoonlijkheid.

2. Het karakter van de rechtspraak in de perioden waarin de drie retorici leefden en werkten

2.1 Het Atheense proces ten tijde van Aristoteles: een retorische strijd

2.1.1 De moord op Eratosthenes

In de 4^{de} eeuw vC vermoordt Eufiletos de minnaar van zijn vrouw.⁴⁰ Eufiletos is een Atheense burger, die een klein huis in de stad, een akker buiten de stad en twee slavinnen bezit. Hij is getrouwd met een veel jongere vrouw. Regelmatig laat hij haar een paar dagen alleen om buiten de stad zijn akker te bewerken. Tijdens zijn afwezigheid verleidt een buurman, Eratosthenes, Eufiletos' vrouw. Eufiletos merkt lange tijd niets van de overspelige relatie, omdat deze zich afspeelt in de perioden dat hij van huis is. Na verloop van tijd wordt het liefdesstel steeds stoutmoediger en ontmoeten zij elkaar zelfs wanneer Eufiletos thuis is. Op een kwade dag dringt een achterdochtig geworden Eufiletos met een groepje mannen de slaapkamer van zijn vrouw binnen, waar hij een naakte Eratosthenes in het bed van zijn vrouw aantreft. Eufiletos vermoordt hem.

40 De achtergrond van de moordaanklacht van Eufiletos tegen Eratosthenes in het Athene van ongeveer 400 vC heb ik ontleend aan Manthe 2000, 219-233. Deze zaak is bewaard gebleven door het pleidooi dat Lysias voor Eufiletos schreef. Lysias' pleidooi is na te lezen in Sicking 1995, 53-62.

In het Athene van de vierde eeuw voor Christus wordt een misdaad meestal vervolgd door het slachtoffer of zijn nabestaanden.⁴¹ De nabestaanden van Eratosthenes hebben de keuze of zij hun klacht aanhangig zullen maken met een *dikē* of een *graphē*. De eerste manier (*dikē*) wordt gebruikt voor processen waarbij het privébelang in het geding is, de tweede voor processen die in het algemeen belang worden gevoerd. Onder deze laatste categorie vallen bijvoorbeeld hoogverraad en godslastering, maar ook echtbreuk en kindermishandeling. Wordt de klacht beschouwd als een klacht die de gemeenschap aangaat dan kan deze door elke Atheense burger worden ingediend met een *graphē*. Een burger die zich in zijn privébelang geschaad acht, kan alleen zelf een *dikē* indienen.⁴² Deze klachten kunnen uiteenlopen van erfkwesties tot moord op een familielid. Een *dikē* wordt mondeling ingediend. De klager vertelt de aangeklaagde wat hem dwars zit en eist in aanwezigheid van een getuige dat de aangeklaagde op een bepaalde dag met hem voor de *archont*⁴³ zal verschijnen. Ten overstaan van de *archont* wordt een voorprocedure doorlopen waarin de partijen hun standpunt uiteenzetten en hun bewijsmiddelen overleggen. Komen partijen tijdens deze voorprocedure niet tot een oplossing dan zorgt de *archont* dat er een *dikasterion* (rechtbank/jury) wordt benoemd.⁴⁴ Welk gerecht bevoegd is in geval van moord, is afhankelijk van de aanklacht: is er sprake van opzet of nalatigheid, van het doden met eigen hand of via een ander, is het slachtoffer een Atheens burger, een vreemdeling of een slaaf? In geval van het opzettelijk eigenhandig doden van een Atheens burger is de Areiopagus (een college bestaande uit alle oud-archonten) bevoegd, in alle andere gevallen waarbij een dode is gevallen berust de rechtsmacht bij de Epheten. De Epheten zijn 51 Atheense burgers, die ouder zijn dan 50 jaar.⁴⁵

De nabestaanden van Eratosthenes achten zich in een privébelang getroffen en dienen een *dikē* in; ze klagen Eufiletos aan wegens moord en eisen de doodstraf. In de voorprocedure blijkt dat Eufiletos zich op de oude wet van Drakon (uit de 7^{de} eeuw vC) beroept. Deze wet biedt de echtgenoot die de echtbreker op heterdaad betrapt en hem doodt een rechtvaardigingsgrond, zodat de bedrogen echtgenoot niet voor moord kan worden aangeklaagd.⁴⁶ Aangezien de nabestaanden van Eratosthenes Eufiletos beschuldigen van

41 De informatie over de rechterlijke procedure in Athene is gebaseerd op verschillende bijdragen aan Gagarin & Cohen 2005.

42 Vrouwen zijn handelingsonbekwaam en worden vertegenwoordigd door een mannelijk familielid.

43 Er zijn negen archonten (voor één jaar gekozen bestuurders van de stadsstaat).

44 Thür 2000, 32-34.

45 Manthe 2000, 219-220.

46 Deze wet luidde: 'Wenn jemand einen bei Wettkämpfen fahrlässig tötet oder einen Wegelagerer oder im Kriege, ohne daß er ihn kennt, oder einen Ehebrecher, den er bei der Ehefrau, der Mutter, der Schwester, der Tochter oder der Nebenfrau, die er hat um freie kinder zu zeugen, antrifft, so soll er keinem Mordprozeß unterzogen werden.' zoals geciteerd door Manthe 2000, 221.

uitlokking, staat in deze zaak niet de moord ter discussie, maar de vraag of Eufiletos de echtbrekers wel op heterdaad heeft betrapt. Om deze reden worden de Epheten aangewezen als bevoegd gerecht. De zaak zal dus bepleit moeten worden voor 51 rechters.

De partijen pleiten twee keer, om de beurt. De aanklager begint en de aangeklaagde heeft het slotwoord. Na zijn eerste pleidooi krijgt de aangeklaagde de gelegenheid om de rechtszitting te verlaten en vrijwillig in ballingschap te gaan. Dit is geen gemakkelijke beslissing, want wanneer hij voor ballingschap kiest, blijft hij in leven, maar kunnen de rechters zijn aftocht als een schuldbekentenis opvatten en hem toch ter dood veroordelen waardoor de ballingschap voor het leven blijkt te zijn. Zet hij de rechtszaak voort, dan kan hij zich weliswaar in een tweede pleidooi verdedigen maar riskeert hij de doodstraf.

Alle betrokkenen bij een rechtszaak zijn leken. De partijen pleiten zelf. Een partij mag voor het schrijven van een pleidooi wel een deskundige inschakelen: een logograaf, die de rede niet alleen schrijft, maar ook met de opdrachtgever instudeert. De logograaf kent de wetten en kan juridische argumenten gebruiken, maar juridische argumenten alleen zijn niet voldoende om het gerecht te overtuigen. De rechterlijke instantie bestaat namelijk niet uit juristen, maar uit Atheense burgers, mannen met levenservaring en gezond verstand. Een publiek dat mogelijk te overtuigen is met redelijke argumenten en misschien ook door het te behagen, maar dat nauwelijks geïnteresseerd is in juridische kwesties. De psychologie van het pleidooi is dus minstens zo belangrijk als de inhoud.⁴⁷

Een goed voorbeeld van het psychologisch inzicht van een logograaf is de verdedigingsrede die Lysias voor Eufiletos heeft geschreven. Lysias was in zijn tijd beroemd om 'zijn vermogen personen tot leven te wekken' en 'ze een overtuigend karakter te geven' en om 'de charme van zijn stijl'.⁴⁸ Lysias laat Eufiletos het verhaal op een ogenschijnlijk simpele manier vertellen, maar onder de oppervlakte is het een psychologisch kunststukje, omdat het het publiek verleidt tot allerlei onuitgesproken conclusies en waardeoordelen.

Lysias' rede volgt de klassieke retorische indeling: *exordium* (inleiding), *narratio* (uiteenzetting), *argumentatio* (argumentatie) en *peroratio* (afsluiting). Het *exordium* heeft de functie om de aandacht te trekken en het publiek welwillend te stemmen, zodat dit naar de spreker wil luisteren.⁴⁹

Ik zou het, mijne heren rechters, op hoge prijs stellen, als u zich in deze zaak voor mij de rechters zou betonen die u voor uzelf zou zijn als u in mijn positie verkeerde. Als u met betrekking tot anderen dezelfde instelling hebt als

47 Manthe 2000, 222-223.

48 Sicking 1995, 50-52.

49 Leeman & Braet 1987, 59-60.

tegenover uzelf, kan er onder u – daarvan ben ik zeker – niemand zijn die niet verantwoordigd is over wat hier is gebeurd; integendeel: u zult zonder uitzondering voor degenen die dit soort dingen doen de vastgestelde straffen te gering achten. En dat zou dan niet alleen uw mening zijn, maar die van geheel Hellas: alleen op déze misdaad staat zowel in oligarchieën als in democratieën dezelfde straf voor de zwakken en zogoed als voor de sterken, zodat iedereen ongeacht zijn sociale positie dezelfde rechten heeft. Zozeer zijn alle mensen van de ernst van dit vergrijp overtuigd (...)

Lysias vraagt expliciet aan de rechters om zich in de positie van Eufiletos in te leven. Als ze dat doen dan zullen ze even verantwoordigd zijn als hij. Dit is een redelijk directe manier om om aandacht te vragen.

Ik zal u dan van het begin af duidelijk maken wat zich rond mij heeft afgespeeld; ik zal niets verzwijgen en de volle waarheid spreken. Ik meen dat dit mijn enige kans op redding is: als ik erin slaag u volledig te vertellen wat er gebeurd is.

Ook de belofte de waarheid te spreken is een tamelijk directe manier om de rechters welwillend te stemmen, moet zijn, om ze te bewegen naar Eufiletos' kant van het verhaal te luisteren.

Tegelijkertijd leidt Lysias hiermee de *narratio* in: hij belooft de feiten heel nauwkeurig te vertellen. En, dat doet hij. De feiten worden bovendien op zo'n manier verteld dat de dader, Eufiletos, een argeloze en naïeve man lijkt, zodat het onwaarschijnlijk is dat hij in staat is tot een minutieus voorbereide moord. Lysias presenteert het slachtoffer als de boosdoener die slinks het huis van Eufiletos binnendringt, diens vrouw onteert en mogelijk bevrucht met zijn nakomeling. Het slachtoffer wordt zo voorgesteld als de wetsovertreder, die niet alleen het belang van Eufiletos schendt, maar dat van de hele gemeenschap.

Toen ik, burgers van Athene, besloten had te huwen en een vrouw had getrouwd, was mijn houding de eerste tijd zó, dat ik trachtte haar niet te hinderen, maar haar evenmin een al te grote vrijheid liet. Ik waakte over haar voor zover ik kon en lette op haar – zoals voor de hand lag. Toen ik een kind kreeg, schonk ik haar van de eerste dag af mijn vertrouwen, omdat ik meende dat dit tussen mensen een bijzondere band schept, en gaf haar de beschikking over al het mijne. En aanvankelijk kon ik me geen betere vrouw wensen. Ze beheerde het huishouden uitstekend, was zuinig en regelde alles nauwgezet. Maar de dood van mijn moeder, die in die tijd overleed, werd voor mij het begin van alle ellende. Mijn vrouw ging mee in de lijkstoet, werd bij die gelegenheid door Erasthenes gezien, en mettertijd door hem verleid. Hij hield de slavin die voor

ons naar de markt ging in het oog, deed langs die weg zijn voorstellen en werd zo de ondergang voor mijn vrouw.

U moet weten, heren rechters – want ook dat moet ik u wel uitleggen – dat ik een huis heb met een bovenverdieping, die voor de vrouwen bestemd is en volkomen gelijk aan de door mij bewoonde parterre. Toen het kind geboren was, zoogde de moeder het zelf. Opdat ze nu niet, wanneer ze het kind moest wassen, gevaar zou lopen te vallen bij het aflopen van de trap, woonde ik tijdelijk boven, de vrouwen beneden. Wij waren aan deze toestand weldra gewend. Mijn vrouw ging geregeld beneden bij het kind slapen om het de borst te kunnen geven, zodat het niet zou huilen. Dat gebeurde zo geruime tijd en ik vatte geen enkele keer verdenking op, was integendeel onnozel genoeg om te denken dat geen vrouw in de stad kuiser was dan de mijne.

Op een dag kwam ik onverwacht van het land thuis, en na het eten schreeuwde het kind en jengelde het voortdurend: de slavin deed het met opzet pijn, om het te laten huilen, want mijn rivaal was beneden. Naderhand heb ik dat alles te horen gekregen. Ik zei mijn vrouw naar beneden te gaan en het kind de borst te geven, zodat het zou ophouden met huilen. Eerst wilde ze niet: ze was zogenaamd blij mij na lange tijd weer te zien. Ik werd evenwel boos en zei haar nogmaals weg te gaan. 'Ja, zeker om jou de kans te geven hier het dienstmeisje te verleiden,' zei ze. 'Het is al eerder voorgekomen dat je in een dronken bui je handen niet thuis kon houden.' Ik lachte daarom. Zij stond op, ging weg, sloot de deur achter zich, zogenaamd voor de grap, en schoof de grendel ervoor. Ik besteedde er geen aandacht aan, koesterde geen verdenking en ging tevreden slapen: ik was immers van het land gekomen. Tegen de morgen kwam mijn vrouw terug en opende de deur. Toen ik haar vroeg hoe het kwam dat ik 's nachts de deuren had horen piepen, zei ze me dat de lamp bij het kind was uitgegaan en dat ze toen bij de burens licht had gehaald. Ik zei verder niets en meende dat het zo was als ze zei. Het viel me wél op dat ze zich had opgemaakt, hoewel haar broer nog geen dertig dagen geleden gestorven was. Desondanks maakte ik geen verdere opmerkingen, maar ging zwijsend de deur uit en naar buiten.

Hierna verliep er enige tijd. Ik had niet het geringste vermoeden van mijn rampzalige situatie, tot er een oud wijf bij mij kwam, gezonden door een vrouw met wie hij óók een verhouding had, zoals ik later hoorde (...)⁵⁰

Eufiletos is nu pas op een derde van zijn relaas over de feiten. Alle details staan eigenlijk ten dienste van één retorisch overtuigingsmiddel: de

⁵⁰ Sicking 1995, 54-56.

karaktertekening, de ethos, van de partijen. Lysias geldt als meester in het hanteren van dit emotionele overtuigingsmiddel.⁵¹ Hij gebruikt het hier heel subtiel. Zo zegt hij nergens expliciet dat de ruil van etages natuurlijk in het voordeel is van de echtbrekers en dat zij daar vaak gebruik van zullen hebben gemaakt, want wanneer de rechters dit zelf bedenken is de impact veel groter.⁵²

Efiletos schetst even omstandig hoe hij hoorde dat hij bedrogen werd, en vervolgens hoe hij het paar op heterdaad betrapte:

We gooiden de deur van de kamer open, en degenen die het eerst binnenkwamen, zagen nog juist hoe hij bij mijn vrouw in bed lag; wie achteraankwam zag hem naakt op het bed staan. Ik sloeg hem eraf, heren rechters, bracht hem de handen achter de rug en vroeg hem waarom hij mij beledigde door op deze manier binnen te dringen in mijn huis. Hij gaf toe verkeerd te hebben gehandeld en bad en smeekte mij hem niet te doden, maar een som gelds te accepteren. Ik zei: 'Niet ik ben degene die je doden gaat, maar de wet van deze stad, die jij overtreedt waarvoor je minder eerbied hebt dan voor je eigen genoegens, je hebt er de voorkeur aan gegeven een dergelijke misdaad te begaan aan mijn vrouw en kinderen in plaats van je aan de wetten te houden en een fatsoenlijk man te zijn.'

Zo, heren rechters, is hem ten deel gevallen wat de wet voorschrijft voor degenen die doen wat hij gedaan heeft (...)

Dat Eufiletos Eratosthenes heeft gedood staat vast, maar in het pleidooi wordt de daad nergens genoemd of beschreven. Lysias legt er steeds de nadruk op dat Eufiletos een rechtmatige straf ten uitvoer heeft gebracht, dat hij een werktuig is van de wet en dat hij niet optrad in zijn eigenbelang, maar in het belang van de polis.

Lysias presenteert Eufiletos dus als de wetsdienaar, als de verdediger van het recht van Athene die een vijand van de stad en haar recht heeft gedood. Om deze claim te onderbouwen beroept Lysias zich in de *argumentatio* op drie wetten; welke, is niet helemaal duidelijk omdat deze niet als onderdeel van het pleidooi bewaard zijn gebleven. Na voorlezing van de eerste wet laat Lysias Eufiletos zeggen: 'Ik paste de straf toe die u hebt vastgesteld in de mening dat het de rechtvaardigste straf is voor wie iets dergelijks doet.' Door de rechters erop te wijzen dat zijzelf deel uitmaken van de demos die de wetten in de volksvergadering hebben goedgekeurd ('die u hebt vastgesteld'), doet Lysias een beroep op de rechters om de wetten die ze zelf hebben gemaakt na te

51 Manthe 2000, 231.

52 Manthe 2000, 226.

leven, met als automatisch gevolg dat ze het gedrag van Eufiletos rechtvaardigen. Na de voorlezing van nog twee wetten concludeert Eufiletos:

Ik concludeer, heren rechters, dat de wetten niet alleen vatstellen dat ik geen misdaad heb gepleegd, maar mij zelfs uitdrukkelijk bevelen deze straf te voltrekken. Van u hangt het thans af of deze wetten gehandhaafd worden of waardeloos zijn. Ik meen dat alle steden wetten opstellen opdat men in geval van onzekerheid bij deze wetten te rade kan gaan, ze kan vragen wat men moet doen. Deze wetten dragen ons op in een geval als het onderhavige aan de overtreder deze straf te voltrekken. U zult daar, naar ik aanneem mee instemmen. Doet u dat niet dan wordt onze stad een paradijs voor echtbrekers (...) Iedereen zal weten dat hij zich van de wetgeving inzake overspel in het vervolg niets meer behoeft aan te trekken, maar alleen bang behoeft te zijn voor uw uitspraak: die is in onze stad machtiger dan al het andere.⁵³

Lysias legt in dit argument een verband tussen de beslissing van de rechters in deze zaak en het welzijn van de stad in zijn geheel. De rechters beslissen – volgens Lysias – niet alleen over een rechtvaardige oplossing voor dit geval, ze zijn niet alleen de handhavers van het recht dat in de wet is vastgelegd, maar ze bepalen door de uitspraak in deze zaak – net als de wetgever – het toekomstige gedrag van de burgers.

Dit argument is echter niet gebaseerd op de feitelijke situatie. In Athene fungeren rechterlijke uitspraken niet als rechtsbron (zie hieronder). De overtuigingskracht van dit argument is dus afhankelijk van de mate waarin het aannemelijk gemaakt wordt. Lysias gebruikt de volgende argumenten: de wetten, de plicht van de rechters om de wet te handhaven en de consequenties als zij dit niet doen. Dus ook al doet Lysias hier een beroep op de wetten, hij doet dit niet om juridische redenen maar als retorisch middel.⁵⁴

In de *peroratio* wordt Lysias' stijl pathetischer. De *peroratio* dient om bij het publiek de hoofdzaken in herinnering te brengen en om een beroep te doen op de emoties van het publiek zodat het geneigd is in het voordeel van de pleiter te beslissen.⁵⁵ Nogmaals schetst Lysias de consequenties van bestraffing van Eufiletos, maar nu in schrillere kleuren. Hij bespeelt het rechtsgevoel van de Epheten door het straffen van Eufiletos gelijk te stellen met wettenloosheid en door hun medelijden te wekken en te benadrukken wat Eufiletos riskeert door in het algemeen belang de straf uit te voeren die de wet oplegt aan echtbrekers. Een beslissing in het voordeel van Eufiletos is een beslissing waar de hele samenleving baat bij heeft.

53 Sicking 1995, 59-60.

54 Yunis 2005, 204-205.

55 Leeman & Braet 1987, 63-64.

Ik zie het zó, heren rechters: deze straf is niet voltrokken voor mij persoonlijk maar voor het welzijn van onze gehele stad. Wanneer immers iemand die van plan is iets dergelijks te doen ziet welke prijs erop staat, zal hij minder gauw zo'n misdaad tegen anderen begaan wanneer hij ziet dat u de wet in dit opzicht handhaaft. Doet u dat niet dan is het beter de geldende wetten uit te wissen en andere op te stellen, die een straf in het vooruitzicht stellen aan degene die zijn eigen vrouw bewaakt, en volledige straffeloosheid beloven aan degene die zich aan haar vergrijpen wil. Dat zal dan rechtvaardiger zijn dan wanneer de burgers door de wetten belaagd worden: de wetten zeggen weliswaar dat men met een op heterdaad betrapte echtbreker naar goeddunken mag handelen, maar het proces zou dan in werkelijkheid veel meer risico bergen voor het slachtoffer van de misdaad dan voor degene die andermans vrouw te schande maakt. Ik riskeer nu immers mijn leven, geld en al het andere omdat ik de wetten van de stad heb gehoorzaamd!⁵⁶

Hoe de zaak van Eratosthenes' nabestaanden tegen Eufiletos is afgelopen weten we niet. Alleen het pleidooi van Eufiletos is bewaard gebleven. Wat de aanklagers tegen hem hebben ingebracht is alleen te reconstrueren uit het pleidooi dat Lysias voor hem schreef. Wie uiteindelijk gelijk kreeg, weten we niet.

2.1.2 Drie opvallende kenmerken van de Atheense rechtspraak

Bij de beschrijving van deze procedure springen drie eigenschappen van het Atheense rechtspraak in het oog: ze is volledig in handen van burgers, er is eigenlijk geen sprake van een regelsysteem en de Atheense burgers staan ambivalent tegenover de wet als bron van recht.

Lekenrechtspraak: Zowel de procespartijen als de rechters zijn juridische leken. Het strafproces wordt gevoerd door het slachtoffer of zijn nabestaanden en door de aangeklaagde. De belanghebbenden zijn in persoon als procespartijen betrokken. Volgens Allen biedt deze persoonlijke betrokkenheid een verklaring voor de belangrijke rol die de woede (*orgē*) heeft in het Atheense recht en in het bijzonder in het strafproces.⁵⁷ Redevoeringen beginnen vaak met een schets van de persoonlijke weerzin tegen de daad en de tegenpartij en voeren vervolgens argumenten aan waarom de rechters eenzelfde soort weerzin zouden moeten voelen. Ook Lysias laat Eufiletos dit in het *exordium* doen: hij stelt dat de rechters natuurlijk even verontwaardigd zijn als hij over deze daad en dat dat niet alleen voor hen geldt, maar voor iedereen in Hellas.⁵⁸

⁵⁶ Sicking 1995, 61-62.

⁵⁷ Allen 2005, 380-385. Zie ook Todd 2005, 110.

⁵⁸ Sicking 1995, 54.

Als u met betrekking tot anderen dezelfde instelling hebt als tegenover uzelf, kan er onder u – daarvan ben ik zeker – niemand zijn die niet verontwaardigd is over wat hier is gebeurd

Allen stelt dat in Athene procedures dienden om de *orgē* van een burger te kanaliseren. Iemand was iets aangedaan, was daar woedend over en wilde dat er iets aan die woede werd gedaan. De Atheense rechtsgang dient in haar opvatting als medicijn voor persoonlijke en sociale woede.⁵⁹

De persoonlijke betrokkenheid van de procespartijen heeft tot gevolg dat de *narratio* een grote rol speelt in de retorica van de procesrede en dat de rol van getuigen beperkt is. De feiten worden uitgebreid en tot in de details verteld, want de verteller vertelt het verhaal waarin hijzelf een hoofdrol speelt. De getuige wordt in de Atheense procedure alleen gebruikt om een specifiek detail in het verhaal van een van de procespartijen te verifiëren.⁶⁰ Het feit dat de betrokkenen zelf pleiten is dus een bepalende factor voor de retorica van de procesrede.⁶¹

De procedure is helemaal in handen van leken. Niet alleen de betrokkenen worden als procespartijen in persoon bij de rechtszaak betrokken, maar ook de rechtbanken bestaan uit leken, namelijk uit leden die zijn gekozen uit de Atheense burgers. Het aantal rechters kan uiteenlopen van tientallen tot duizenden. Het gerecht dat zich met heel kleine zaken bezighoudt, bestaat nog altijd uit 41 rechters. Tijdens het proces is er geen in het recht getrainde voorzitter die de bewijsregels waarborgt of zorgt dat de pleiters zich tot relevante zaken beperken. Na het wisselen van de pleidooien nemen de rechters een beslissing door één van de partijen gelijk te geven. De rechters mogen geen nadere vragen aan de partijen stellen noch onderling de zaak bespreken. De winnaar wordt bepaald door de meerderheidsregel toe te passen na een geheime stemming, de uitspraak wordt niet gemotiveerd. De beslissing is definitief, er is geen beroep mogelijk.⁶² De Atheense rechters zijn dus juridische leken die zonder nader overleg een ongemotiveerde einduitspraak doen.⁶³

De afwezigheid van een regelsysteem: Wij – moderne continentale juristen – zijn gewend dat het positieve recht te vinden is in een weldoordacht stelsel van

(...) En dat zou dan niet alleen uw mening zijn, (...) maar die van geheel Hellas (...) Zozeer zijn alle mensen van de ernst van dit vergrijp overtuigd.

59 Allen 2005, 385.

60 Todd 2005, 110-111.

61 De persoonlijke betrokkenheid van de partijen moet wel wat genuanceerd worden, want zij kunnen zich bij hun pleidooi bij laten staan door een *synegoros*. Partijen moeten weliswaar in persoon verschijnen, maar kunnen assistentie meenemen. Om door de rechtbank aanvaard te worden als *synegoros*, hoeft deze alleen te stellen dat hij een vriend van de procespartij is, of zelf een persoonlijke vijandschap tegen de wederpartij heeft of dat hij zich betrokken voelt bij het pleidooi of bij het algemeen belang dat in het geding is: Crook 1995, 32.

62 Thür 2000, 36-37; Yunis 2005, 194-195.

63 Om deze reden wijst Carey op een opvallende overeenkomst tussen de procesrede en de politieke rede. Bij beide soorten redevoeringen bestaat de noodzaak om een directe, emotionele respons van de toehoorders te krijgen. In beide gevallen is het eigenlijk een gevecht om de gunst van de toehoorder: Carey 1996, 405.

geschreven en ongeschreven rechtsbronnen. Aan deze rechtsbronnen ontleen we algemene en abstracte rechtsnormen die alle burgers binden en die de rechter hanteert bij het beslechten van geschillen tussen burgers onderling en tussen burgers en de overheid. Degenen die de rechtsnormen gebruiken hebben een zekere vrijheid bij de interpretatie, zodat de normen toegesneden kunnen worden op de concrete situatie en de veranderende maatschappelijke opvattingen. Dit hele stelsel van normen, interpretaties en toepassingen vormt het regelsysteem, dat door de rechtsgenoten als een consistent geheel wordt ervaren. In de Atheense stadstaat is er eigenlijk nauwelijks sprake van een regelsysteem. Op de eerste plaats omdat er geen vakjuristen of rechtswetenschappers zijn, die een systeem kunnen ontwikkelen.⁶⁴ In de tweede plaats omdat in de rechtspraak ook niet aan het regelsysteem wordt gebouwd, want niet alleen de pleitende burgers en hun logografen hebben weinig tot geen juridische kennis, ook de rechters zijn leken die functioneren zonder specifieke juridische training of ervaring. Bovendien is de uitspraak mondeling, direct na de pleidooien, wordt niet gemotiveerd en niet gearchiveerd, en er is geen 'hoogste' rechter die de rechtseenheid bewaart. Het gevolg is dat de rechtsstrijd meer over de feiten gaat dan over de inhoud van het recht, zodat de rechtspraak geen systeem aanbrengt in de interpretatie en de toepassing van de regels.

De omgang met de rechtsbronnen: Het Atheense recht in de 4^{de} eeuw vC kent weliswaar zowel wettenrecht als gewoonterecht, maar de Atheners staan ambivalent tegenover wetten. Enerzijds beloven wetten meer rechtsgelijkheid en rechtszekerheid, anderzijds blijken ze gemakkelijk te manipuleren door belangengroepen en blijken ze veranderlijker dan gedacht. Waardoor het gewoonterecht door velen als gezaghebbender wordt ervaren dan de wetten.⁶⁵ De retorische kracht van een beroep op de wet is echter onomstreden. De redenaar claimt zijn gelijk door op de wet te wijzen en hij vraagt de rechter deze wet te handhaven. Onduidelijk blijft echter welke wet geldend recht bevat. Zo doet men in de tijd van Aristoteles nog steeds een beroep op de ruim 200 jaar oude wetten van Solon (639-559 vC) en niet op de latere aanpassingen.⁶⁶ Yunis concludeert dan ook dat de wet in de meeste overgeleverde redevoeringen niet wordt gebruikt als juridische grondslag voor een beslissing, maar als emotioneel argument 'to create in the dikastai a feeling that will move them to decide in the speaker's favor for the sake of the community as a whole'.⁶⁷ Lysias maakt in de verdedigingsrede voor Eufiletos nauwelijks gebruik van juridische argumenten. Waar hij de wet hanteert doet hij dit

64 Aldus ook Spruit 1992, 85; 152-153.

65 Zie bijvoorbeeld Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1354a: 27-1354b: 35, 1373b: 1-35, 1374a: 20-35, 1375a: 25-1375b: 25

66 Thomas 2005, 52-60.

67 Yunis 2005, 208.

om retorische redenen, en wel precies met het doel dat Yunis noemt, namelijk om de rechters ervan te overtuigen dat het algemene belang in dit geval samenvalt met het belang van Eufiletos. De wet fungeert dus niet als een vindplaats voor geldend recht, maar als argument voor de rechtmatigheid van het individuele belang.

Ook rechterlijke uitspraken fungeren niet als rechtsbron. In de juridische procedure worden namelijk geen geschreven documenten gebruikt, noch wordt er een geschreven procesverslag opgesteld, noch wordt de uitspraak op schrift gesteld en gemotiveerd. De partijen leveren tijdens het proces strijd over een rechtvaardige oplossing. Bij de oordeelsvorming wordt dan ook nauwelijks rekening gehouden met juridische eisen en geldende materiële rechtsnormen. De rechter fungeert dus niet als instantie die op een onafhankelijke wijze de inhoud van de rechtsnormen vaststelt. Het oordeel van de rechters wordt voornamelijk bepaald door het eigen geweten en de overtuigingskracht van de pleiters, terwijl de inhoud van het pleidooi en het optreden van de pleiters alleen wordt gereguleerd door de retorica en de procesregels.⁶⁸

De Atheense rechters doen dus meer aan autonome dan aan heteronome rechtsvinding. Zij zijn niet of nauwelijks gebonden aan van buiten hen komende bindende normen, maar ze beslissen elk geval naar persoonlijke inzichten. Bovendien hoeven zij hun beslissing niet te verantwoorden. De waarborg die de gebondenheid van de rechter aan de wet biedt tegen willekeur, wordt in het Athene van de vierde eeuw voor Christus gezocht in de voorprocedure, de democratische samenstelling van het gerecht, en de procedurele gelijkheid van de procespartijen.⁶⁹

Op grond van de autonomie van de rechter, voortkomend uit de juridische ongeletterdheid van alle betrokkenen bij het proces, het gebrek aan regelsysteem en de losse omgang met de rechtsbronnen, kan het proces in Athene eerder als een retorische dan een juridische strijd gekarakteriseerd worden. Deze kenmerken maken tevens duidelijk waarom retorici zo veel belang hechtten aan de emotionele overtuigingsmiddelen. Wanneer de rechterlijke oordeelsvorming vooral autonome kenmerken heeft, is de overtuigingskracht van de pleiter afhankelijk van de goedgunstigheid van het publiek. Als het publiek niet wil luisteren, zal de pleiter ook niet kunnen overtuigen.

De Atheense situatie lijkt de hierboven geformuleerde hypothese te bevestigen: het belang dat aan de retorica wordt gehecht gaat gelijk op met het autonome karakter van de rechtsvinding.

68 Yunis 2005, 194-198, 205.

69 Zie ook Yunis 2005, 197.

2.2 Het Romeinse proces: een retorische én juridische strijd

Aangezien de twee Romeinse retorigen leefden in perioden dat er grote veranderingen in de Romeinse samenleving en in het recht plaatsvonden, kan ik niet volstaan met een algemene beschrijving van het Romeinse recht, maar zal ik afzonderlijk aandacht moeten besteden aan de situatie in de late Republiek en de situatie 150 jaar later in het Principaat. Het Romeinse recht blijkt in beide perioden nogal te verschillen van het Atheense recht op de drie punten die bepalen of de rechtsvinding een meer autonoom of een heteronoom karakter heeft: de juridische kennis van de deelnemers aan de procesgang, het bestaan van een regelsysteem en de omgang met de rechtsbronnen. In beide perioden blijkt de invloed van heteronome factoren op de rechtsvinding te zijn toegenomen, terwijl de Romeinen de retorica toch belangrijk blijven vinden voor de overtuigingskracht van de procesrede.

2.2.1 Korte schets van de procesgang

a. De procesgang in de late Republiek ten tijde van Cicero

In de late Republiek ten tijde van Cicero wordt onderscheid gemaakt tussen het publieke strafproces en de civiele rechtspraak. Aanvankelijk beperkte het strafrecht zich tot publieke misdrijven (*crimina publica*), zoals landverraad, godslastering en vadermoord. Veel van de delicten die wij onder het strafrecht hebben gebracht werden gezien als civiele delicten (*delicta privata*) en via de civiele procedure afgehandeld. In Cicero's tijd zijn veel civiele delicten overgeheveld naar het publieke strafrecht.

De publieke delicten worden vanaf 149 vC berecht door vaste rechtbanken (*quaestiones*).⁷⁰ Aan het hoofd van elke *quaestio* staat een *praetor*.⁷¹ De leden van de *quaestiones* worden tijdens Cicero's loopbaan aanvankelijk uit de senatorenstand gekozen, maar na 71 vC kunnen ook leden uit de ridderstand tot rechter worden gekozen.⁷² De strafprocedure wordt ingeleid door de aangifte

70 Er bestaan vaste *quaestiones* voor afpersing door magistraten in de provincie, verraad, kies-corruptie, moord en vergiftiging, ernstig lichamelijk letsel, verduistering van staatsgelden en openbare geweldpleging: Lesaffer 2003, 138.

71 De praetor is een met de zorg voor rechtspraak belaste magistraat die in rang volgde op de consul. Het aantal praetoren wisselde in de tijd: in de vroege republiek waren het er twee en ten tijde van Cicero zijn er acht, omdat in de strafrechtspraak voor afzonderlijke delicten, afzonderlijke competente praetoren werden aangewezen. Deze bijzondere praetoren vervulden hun rol naast de praetor urbanus die belast was met de rechtspraak en de ontwikkeling van het privaatrecht en de praetor peregrinus belast met de rechtspraak tussen vreemdelingen. Net als andere magistraten worden de praetoren voor één jaar gekozen, aanvankelijk alleen uit de senatorenstand en later ook uit de ridderstand. Net als andere magistraten zijn ze onbezoldigd: Zwolve 2004, 31-33.

72 Zwolve spreekt van de 'ruiterstand' in plaats van de 'ridderstand' omdat deze stand aanvankelijk bestond uit Romeinse burgers die rijk genoeg waren om een paard te bezitten. Later moeten 'ridders' een vermogen hebben dat te vergelijken is met €400.000,=. De 'ruiter'- of 'ruiterstand' bestaat dus uit de Romeinse geldadel: Zwolve 2004, 57.

van een belanghebbende of elke andere burger die zich daartoe geroepen voelt. De praetor beslist of de aangifte een aanklacht wordt en hoe deze luidt. Vervolgens wordt door loting uit de betreffende *quaestio* een juryrechtbank samengesteld die deze zaak zal berechten. De jury bestaat – afhankelijk van de zaak – uit een tiental tot 75 leden. De praetor leidt de rechtszitting, wat voornamelijk inhoudt dat hij de orde bewaakt.

De aanklager en de beklaagde kunnen zich laten bijstaan door één of meer advocaten. Tijdens de zitting presenteren de partijen hun bewijs, waarbij aanklager en beklaagde om beurten aan het woord komen in twee pleitrondes. De juryleden mogen alleen luisteren, ieder onderling gesprek is hen verboden. Na afloop van het proces stemmen de juryleden zonder enig nader overleg. Het eindoordeel wordt door meerderheid van stemmen bepaald: schuldig, vrijspraak of de vaststelling dat een eindoordeel niet mogelijk is. Heeft de jury de beklaagde schuldig verklaard, dan spreekt de praetor de veroordeling uit en legt de door de wet voorgeschreven straf op.⁷³

In de civiele rechtspraak speelt de *praetor urbanus* een belangrijke rol als regisseur van het proces. De procedure wordt aanhangig gemaakt door de oproep van de klager aan de beklaagde om mee te gaan naar de praetor (*in ius vocatio*). De beklaagde moet op stel en sprong meegaan, of iemand meesturen die borg staat voor de toekomstige verschijning van de gedaagde. Doet de beklaagde geen van beide dan volgen sancties.⁷⁴ De praetor bepaalt in een voorprocedure (*in iure*) aan de hand van de klacht en de feiten of er een procedure kan volgen. Tijdens deze voorprocedure wordt onderhandeld over de vraag welke *formula*⁷⁵ als basis voor het proces moet dienen, en of (en hoe) de bestaande *formula* aangepast moet worden aan de omstandigheden van het geval. Dit vereist een min of meer inhoudelijke behandeling van de zaak. Ook wordt onderhandeld over de keuze van de rechter(s). De voorprocedure eindigt met een *formula*, waarin is vastgelegd waar het geschil over gaat en welke feitelijke en juridische vragen beantwoord moeten worden, en een decreet van de magistraat waarin hij een (of meer) rechter(s) benoemt en hem(of hen) opdraagt in het in de *formula* omschreven geschil te beslissen. Een voorbeeld van een *formula*:

X moet rechter zijn. Indien het blijkt, dat Aulus Agerius (eiser) bij Numerius Negidius (gedaagde) een zilveren tafel in bewaring heeft gegeven en dat deze

73 Kunkel 1975, 81-85; Tellegen-Couperus 2003, 48-50; Lesaffer 2003, 137-140.

74 Metzger 2005, 5.

75 De *formula* sloot aanvankelijk aan bij de tekst van de wet der Twaalf Tafelen waardoor vooral de procedure in *iure* erg formalistisch was. Tijdens het leven van Cicero was de procedure in *iure* niet meer beperkt tot een formele eis en een formeel verweer, maar vond een vrije behandeling voor de praetor plaats die zijn beslissing baseerde op een zakelijke beoordeling van de stellingen van partijen. Zie voor een beschrijving van deze ontwikkeling Stein 1999, 8-12.

door boosaardige opzet van Numerius Negidius niet aan Aulus Agerius is teruggegeven; zoveel als die zaak waard zal zijn, tot een zoodanig bedrag moet gij, rechter, Numerius Negidius veroordelen aan Aulus Agerius te betalen. Indien het niet blijkt, moet gij hem vrijspreken.⁷⁶

De *formula* geeft het geschil zakelijk weer en dient als een soort regieaanwijzing voor de lekenrechter in de tweede fase van het proces.

In de tweede fase van het proces (*apud iudicem*) krijgen partijen de kans hun stellingen, zoals deze in de *formula* zijn verwoord, te bewijzen. De meeste civiele processen vinden plaats voor een gerecht dat bestaat uit één burgerrechter en soms, afhankelijk van het type zaak, uit een college van een klein aantal burgers. De behandeling van het geschil is mondeling. De rechter is aan de *formula* gebonden en beslist enkel over de kwesties die hem daarin worden voorgelegd. In het geval van de hierboven geciteerde *formula* oordeelt de rechter dus over de vraag of de zilveren tafel door de eiser in bewaring is gegeven bij gedaagde, of deze door de gedaagde is verduisterd en wat de waarde van de tafel is. Wanneer gedaagde zou willen tegenwerpen dat het een schenking is, zou hij in de voorprocedure de praetor moeten vragen deze tegenwerping (*exceptio*) op te nemen in de *formula*. Is dit verweer niet in de *formula* opgenomen, dan kan de rechter er geen rekening mee houden. De rechter is dus gebonden aan de *formula*, maar binnen deze grenzen is hij vrij in de wijze waarop hij de zitting organiseert, vrij om advies te vragen, vrij de verdeling van de bewijslast en vrij in het waarderen van het bewijs. Het vonnis wordt direct na de behandeling van de zaak uitgesproken: er is geen bedenktijd. Bij een college van rechters is er geen overleg toegestaan en beslist de meerderheidsregel. Het vonnis is definitief want er bestaat geen mogelijkheid tot hoger beroep.⁷⁷

De belangrijkste waarborg die de procedure biedt tegen willekeur is de binding van de rechter aan de *formula*. Deze komt tot stand in overleg met de partijen en in gebondenheid aan het positieve recht, waarbij de praetor de bevoegdheid heeft de bestaande *formula* aan te passen aan de omstandigheden van het geval.

b. De procesgang in het Principaat ten tijde van Quintilianus

Tijdens het Principaat (14-284) zijn de bevoegdheden van veel van de republikeinse instituties in handen van de keizer gelegd: onder meer de bevoegdheden van de consul, de censor en van de volkstribuun. De praetores behouden aanvankelijk hun jurisdictie, maar worden gaandeweg vervangen door keizerlijke ambtenaren die geen eigen bevoegdheden meer hebben, maar

⁷⁶ Gaius (ong. 161) 1967, IV: 47.

⁷⁷ Kaser 1971, 400-403; Stein 1999, 9-11; Tellegen-Couperus 2003, 56-58.

hun bevoegdheden gedelegeerd krijgen van de keizer. Zo verliest de *praetor* geleidelijk zijn centrale taak in de rechtsbedeling.⁷⁸

Aanvankelijk verandert de procesgang niet veel in vergelijking met de tijd van Cicero. De strafprocedure blijft gevoerd worden voor de *questiones*. Alleen wordt de lijst van juryleden uitgebreid doordat meer mensen uit de ridderstand worden toegelaten en door een verlaging van de minimumleeftijd tot 25 jaar. Het *formula*-proces blijft vrijwel ongewijzigd bestaan.⁷⁹ Naast deze traditionele rechtsgangen ontstaat een nieuwe procedure (*cognitio extraordinaria*). Dit is een procedure in één fase waarin door of namens de keizer wordt rechtgesproken. In het civiele recht vraagt de eiser geen *actio* meer aan, maar geeft hij aan waar hij zijn verzoek op baseert of wat de grondslag voor zijn vordering is. Het proces is op tegenspraak en minder formalistisch dan het *formula*-proces. Het schriftelijke vonnis maakt een einde aan het conflict en wordt niet gemotiveerd. In de loop van de tijd ontstaat de mogelijkheid tot beroep bij een hiërarchisch hogere rechterlijk ambtenaar.⁸⁰

Naast elkaar bestaan dus de traditionele procedures waarin de rechter door de *formula* aan het recht wordt gebonden en de cognitieprocedures waarbij een min of meer professionele rechter is betrokken en beroep kan worden ingesteld waardoor lagere rechters gedwongen zijn de rechtspraak van de hogere rechter te volgen en er zodoende eenheid van recht ontstaat.

2.2.2 De rechtskennis van de deelnemers aan het proces

De tweede factor die van belang is om het karakter van de rechtspraak te bepalen is de rechtskennis van de actoren in de procedure. Heteronome factoren kunnen immers alleen een rol spelen als de actoren deze kennen en hanteren.

a. De rechtskennis van de betrokkenen bij een rechtszaak in de late Republiek ten tijde van Cicero

In de late Republiek hebben de meeste betrokkenen bij een rechtszaak enige rechtskennis.

De praetor: Deze functie was – net als die van andere magistraten – onbezoldigd, zodat alleen vermogende leden van de senatorenstand (tot 71 vC en later ook in hoog aanzien staande leden van de ridderstand) in aanmerking komen voor dit ambt. Het verwerven van het ambt van praetor is de laatste, noodzakelijke carrièrestap voor een politicus gekozen kan worden als consul. De *praetor urbanus* is belast met de zorg voor de rechtspraak. Hij vervult de

78 Zwolve schampert dat de praetor uiteindelijk eindigt als ‘prins carnaval’, omdat hem vrijwel alleen de taak rest om volksfeesten te organiseren: Zwolve 2004, 72.

79 Het formula-proces wordt steeds statischer en daardoor feitelijk verdrongen door het cognitieproces. In 342 nC wordt het formula-proces afgeschaft.

80 Waelkens 2008, 144-147.

rol van regisseur in zowel het straf- als het civiele proces. Ondanks deze juridische functie is het niet vereist dat de *praetor* specialistische rechtskennis bezit, hoewel hij als lid van de senatorenstand waarschijnlijk goed geschoold is en daarom beschikt over algemene retorische en juridische kennis.⁸¹

De rechter: Ook de rechter is aanvankelijk afkomstig uit de senatorenstand (na 71 vC is deze functie ook toegankelijk voor de ridderstand) en zal dus scholing hebben genoten, maar net als de praetor mist de rechter in het algemeen specifieke juridische kennis.

De advocaat: Partijen in een procedure mogen zich laten bijstaan door een of meer advocaten. Deze advocaten (*patroni*) zijn aanvankelijk mannen uit de senatorenstand die in rechtszaken pleiten voor minder geletterde of minder taalvaardige mensen van een lagere stand. Dit fenomeen vloeit voort uit het typisch Romeinse gebruik van de *clientela*.⁸² De *patronus* biedt zijn cliënten bescherming als ware ze zijn kinderen. In ruil voor deze bescherming biedt de cliënt hand- en spandiensten en politieke steun. De bescherming door de patroon omvat onder meer de verdediging van zijn cliënt in de rechtszaal.⁸³ Maar net als bij de praetor en de rechter is de rechtskennis van menig patroon/advocaat onvoldoende. Dit blijkt uit de boutade van Crassus in het eerste gesprek van *De ideale redenaar*:

Als iemand die deze en dergelijke rechtsnormen van zijn eigen staat niet kent, trots als een pauw en met veel blabla, fier in het rond blikkend, omstuwd door een grote schare het hele Forum rondstapt en daar minzaam bescherming aan cliënten en hulp aan vrienden aanbiedt, en het licht van zijn intellect en zijn raadgevingen ter beschikking stelt van zowat alle burgers, is dat dan niet een schandaal van de eerste orde. En nu ik het over onbeschaamdheid gehad heb, wil ik ook de traagheid en de luiheid van deze lieden aan de kaak stellen. Al zou de studie van het recht nog zo inspannend zijn, dan zou men toch vanwege het grote nut ervan bereid moeten zijn zo'n zware taak op zich te nemen.⁸⁴

Dus, de actoren bij de rechtspleging beschikken meestal wel over enige algemene juridische kennis, maar niet altijd over voldoende specifieke rechtskennis.

b. De rechtsgeleerden

In Rome bestaat er echter – in tegenstelling tot Athene – wel een groep deskundigen, de *iuris prudentes*, die ik verder rechtsgeleerden zal noemen. Sinds

⁸¹ Crook 1995, 42.

⁸² De *clientela* is de verhouding tussen een beschermheer (*patronus*) en een beschermeling (cliënt).

⁸³ Rooijen-Dijkman & Leeman 2004, 13; Crook 1995, 40.

⁸⁴ Cicero (55 vC) 2004, 1:184-185.

de derde eeuw voor Christus is de juridische kennis – die aanvankelijk door de priesters werd bewaard⁸⁵ – steeds meer openbaar geworden. Profane rechtsgeleerden eigenen zich deze kennis toe en gaan op eigen gezag juridisch advies geven, zonder controle van een beroepsgroep of van staatswege.⁸⁶ De adviserende taak (*respondere*) van deze rechtsgeleerden breidt zich in de loop van de tijd steeds meer uit, zodat zij ten tijde van Cicero juridisch advies geven aan de praetor bij zijn rechtsvormende taak, aan de praetor en partijen *in iure* bij het opstellen of bijstellen van de *formula*, en aan de partijen, de advocaten en de rechter in de tweede fase van het proces (*apud iudicem*).⁸⁷ Ook de beoefening van deze adviestaak is honorair, zodat een rechtsgeleerde over andere bronnen van inkomsten moet beschikken. Aanvankelijk is deze afkomstig uit de senatorenstand, later ook uit de ridderstand.

De rechtsgeleerden gaan pragmatisch om met het recht. Zij houden zich bezig met casuïstiek, met gevallen waarin juridische problemen zijn gerezen. Hun taak is te adviseren over het toepasselijke recht in dit specifieke geval. Zij systematiseren deze kennis aanvankelijk nauwelijks. Na verloop van tijd zijn de rechtsgeleerden de adviezen die zij geven gaan verzamelen, zodat juridische literatuur ontstaat met het karakter van casuïstische adviezenverzameling.⁸⁸ De adviespraktijk wordt letterlijk en figuurlijk in het openbaar uitgevoerd. Figuurlijk, omdat er geen toelatingseisen zijn, zodat de ‘professie’ voor iedereen toegankelijk is. Letterlijk, omdat de adviezen aan de rechtzoekenden publiekelijk worden gegeven, zodat belangstellenden erbij aanwezig kunnen zijn als de zaak wordt uiteengezet en de rechtsgeleerde zijn advies formuleert. Zo gaat de adviespraktijk van de rechtsgeleerden als vanzelf samen met een onderwijspraktijk, waarbij het onderwijs plaatsvindt door kennisoverdracht van meester op leerling.⁸⁹

De uitspraak van Crassus die ik hierboven (onder a.) citeerde, is ontleend aan de gesprekken in *De ideale redenaar* die Cicero vijftig jaar voor zijn tijd heeft gesitueerd. In die tijd zijn er kennelijk nog advocaten zonder juridische kennis, maar uit het citaat blijkt ook dat men – in ieder geval Crassus – dit onaanvaardbaar vindt. Crassus eist dat de advocaat/patroon zich in het recht bekwaamt, maar hij geeft onmiddellijk toe dat dit niet zo gemakkelijk is omdat de kennis van het recht nog onvoldoende gesystematiseerd is.⁹⁰ Sindsdien is er vijftig jaar verlopen en in Cicero’s tijd is het handboek (*Iuris civilis libri XVIII*) van Q. Mucius Scaevola (gestorven 82 vC) verschenen, waarin de auteur een eerste poging onderneemt om het Romeinse civiele recht te

85 Zie voor een korte schets van het archaïsche recht: Tellegen-Couperus 2003, 17-26.

86 Spruit 1992, 82-86; Zwolve 2004, 26-28.

87 Cicero (55 vC) 2004, 1:212; Lesaffer 2003, 128.

88 Zwolve 2004, 92-95.

89 Zwolve 2004, 53-54.

90 Cicero (55 vC) 2004, 1:186-192.

systematiseren. Zodat in deze periode gesproken kan worden van een pril begin van de rechtswetenschap.⁹¹ De Romeinse advocaat is voor zijn studie van het recht niet meer alleen afhankelijk van de rechtsgeleerden, maar kan kennis opdoen uit een handboek.

Er zijn in Rome dus kennelijk twee figuren die ondersteuning kunnen bieden aan een burger die moet procederen: de advocaat en de rechtsgeleerde. De gangbare opvatting is dat een advocaat in Cicero's tijd geen rechtsgeleerde is, maar een redenaar. De advocaat zou gespecialiseerd zijn in de retorica en de rechtsgeleerde in het recht.⁹² Crook geeft in zijn monografie over de rol van de advocaat in Rome een aantal redenen voor deze scheiding. Kort samengevat komt zijn betoog op het volgende neer. De Romeinen willen van een advocaat dat hij in een conventioneel pleidooi alles te berde brengt wat voor hun zaak pleit. Noch de rechtzoekende noch de rechter verwacht van een advocaat een juridische verhandeling, maar zij verwachten van hem dat hij een overwinning probeert te behalen in een woordenstrijd. Een strijd die plaatsvindt in een cultuur waarin het overtuigen met het woord een hoge graad van ontwikkeling heeft bereikt en waarin men conflicten met een zekere openheid benadert. Aangezien de uitkomst nog niet vastligt, kan een kundig gebruik van de overtuigingsmiddelen tot de overwinning leiden. Bovendien willen Romeinen dat hun juridische strijd in begrijpelijke taal wordt gevoerd en taal die zijzelf zouden gebruiken als ze in staat zouden zijn geweest hun eigen zaak te bepleiten.⁹³

Tellegen-Couperus en Tellegen bestrijden de gangbare opvatting dat er een fundamentele tegenstelling zou zijn tussen advocaten en rechtsgeleerden. Volgens hen ontleen romanisten deze tegenstelling vaak aan de uitspraak van Aquilius Gallus die op een vraag naar een feitelijke kwestie geantwoord zou hebben: 'Nihil hoc ad ius, ad Ciceronem.' De romanistische literatuur heeft deze uitspraak abusievelijk vertaald als 'Dat heeft niets met onze rechtswetenschap te maken, maar is meer iets voor een advocaat als Cicero.' Zo vertaald zou uit deze uitspraak afgeleid kunnen worden dat er in het klassieke Rome een tegenstelling bestaat tussen rechtsgeleerden en advocaten.⁹⁴ Volgens de auteurs weigert Gallus echter op de vraag in te gaan om redenen die samenhangen met de statusleer van Hermagoras.⁹⁵ De vraag die Gallus weigert te beantwoorden blijkt geen vraag te zijn waarin sprake is

91 Spruit 1992, 98-100.

92 Leeman & Braet 1987, 55-56, 135-137; Spruit 1992, 88-91; Crook 1995, 37-46, 173-174. Cicero zelf zou voornamelijk advocaat/redenaar zijn geweest.

93 Crook 1995, 196-197.

94 Tellegen-Couperus & Tellegen 1998, 432-433.

95 Statusleer is de leer die zich bezighoudt met het vinden van de centrale stelling (status) voor een betoog. Hermagoras koppelde aan elke status een lijst met standaardargumenten (statusopen, deze bestaan naast de algemene topoi, de standaardargumenten die voor alle status golden): Leeman & Braet 1987, 58-90.

van conflicterende of onduidelijke wetten (*status legalis*), maar is een *status rationales*, een logisch vraagstuk over de rechtens relevante feiten. Op dit laatste type vragen kan een rechtsgeleerde geen gezaghebbend antwoord geven. Een advocaat kan dit wel omdat deze meer ervaring heeft met het gebruik van retorische argumenten (logos, ethos, pathos) ter onderbouwing van ‘logische’ vraagstukken over de feiten. Gallus verwijzing naar Cicero moet dan ook niet geïnterpreteerd worden als een diskwalificatie, maar als een verwijzing naar een andere deskundige.⁹⁶ De uitlating van Gallus is dus geen argument voor een fundamentele tegenstelling tussen rechtsgeleerden en advocaten, noch een argument voor een fundamenteel niveauverschil tussen de twee beroeps-groepen in juridische kennis.

Cicero zelf lijkt er in ieder geval van uit te gaan dat een advocaat zowel retorisch als juridisch geschoold moet zijn. Hij laat in *De Oratore* elk van de drie gesprekken voorafgaan door een proloog waarin hij zich tijdens het schrijven (dus in 55 vC) tot zijn broer Quintus richt. In de proloog bij het eerste gesprek benadrukt Cicero dat de ideale redenaar de welsprekendheid moet beheersen en daarnaast alle ‘gemoedsaandoeningen die de natuur de mensen heeft toebedeeld’, de geschiedenis en het recht moet kennen.⁹⁷ In de proloog bij het tweede gesprek spreekt Cicero zijn tevredenheid uit over de discussie die hij Crassus en Antonius in het eerste gesprek heeft laten voeren over de ideale redenaar, daarbij laat hij er geen twijfel over bestaan dat welsprekendheid eist dat een redenaar gedegen kennis heeft van het terrein waarover hij spreekt.⁹⁸ Cicero’s ideaal is wel duidelijk.

Toch blijkt uit de fictieve discussie die Cicero zijn ervaren voorgangers in *De Oratore* laat voeren, dat er tijdens Cicero’s leven óf nog verschillende opvattingen denkbaar zijn over wat de redenaar in het rechtsproces idealiter voor kennis moet hebben óf dat Cicero’s ideaal – een pleiter die specialist is in de retorica én in het recht – in de late Republiek nog niet is gerealiseerd. Uit het feit dat Quintilianus 150 jaar later nog steeds klaagt over advocaten die onvoldoende rechtskennis bezitten,⁹⁹ concludeer ik dat het laatste het geval is.

96 Tellegen-Couperus & Tellegen 1998.

97 Cicero (55 vC) 2004, 1:17-19.

98 Cicero (55 vC) 2004, 1:5-7.

99 Quintilianus (ong. 95) 2001, XII.3: 1-7.

En is het niet volkomen ten onrechte wanneer diegene zich als juridisch raadsman opwerpt, die wat in rechtszaken het allerbelangrijkste is, bij een ander moet gaan halen, zodat hij wel heel veel gaat lijken op een voordrachtskunstenaar die poëzie van bekende dichters voor het voetlicht brengt? Zo iemand is eigenlijk de loopjongen van zijn adviseur: datgene waarin hij verlangt dat de rechter hem gelooft, zegt hij op gezag van iemand anders, en als professioneel helper van zijn cliënten heeft hij zelf hulp nodig.

c. *De rechtskennis van de betrokkenen bij een rechtszaak in het Principaat ten tijde van Quintilianus*

Tijdens het Principaat worden de taken van alle betrokkenen bij de rechterlijke procedure min of meer beïnvloed door de centralisatie van de macht. Het republikeinse staatsbestel blijft weliswaar intact, maar daarnaast ontstaat een nieuwe keizerlijke organisatie die langzaam maar zeker alle staatsmacht centraliseert en de juridische taken overneemt:

De praetor: Aanvankelijk blijft de praetor de regisseur van de rechterlijke procedure, maar de rechtzoekende kan naast het *formula*-proces en het strafproces voor de *questiones* ook voor het cognitieproces kiezen. Gezien de voordelen die het *cognitieproces* biedt (vooral de mogelijkheid tot hoger beroep), verdringt dit het *formula*-proces. Dit leidt uiteindelijk tot een verbod op het *formula*-proces in 342. De mannen die tijdens het Principaat het ambt van praetor bekleden, beschikken minder vaak over algemene rechtskennis dan hun voorgangers in de Republiek. De benoeming van senatoren en magistraten vindt namelijk niet meer automatisch plaats uit de goedgeschoolde senatorenklasse, maar de keizer verleent senatorenzetels aan verdienstelijke leden uit de geldadel, de ambtenarij en het leger.

De rechter: De rechter in het *formula*-proces blijft een ontwikkelde leek die voor een specifiek geval door partijen wordt aangewezen en die op basis van een door de praetor samen met partijen opgesteld programma tot een uitspraak moet komen. In het *cognitieproces* wordt is de rechterlijke taak opgedragen aan een keizerlijke ambtenaar. Van deze uitspraak kan men in beroep bij de delegerende autoriteit en dus uiteindelijk bij de keizer, die op grond van zijn *imperium* niet alleen casseert maar een nieuwe/andere beslissing kan nemen. Later wordt de prefectuur de beroepsinstantie die uitspraak doet per keizerlijk decreet. Deze decreten worden gepubliceerd en hebben precedentwerking. Zodra er beroep wordt ingesteld, moet de rechter zijn beslissing intern motiveren. De rechtspraak in het Principaat wordt gaandeweg professioneler.¹⁰⁰

De advocaat: Ook de taak van de advocaat om de cliënt tijdens de rechtszaak bij te staan verandert niet echt. Al zijn er verschillende procedures – waarbij de rechter meer of minder actief is en meer of minder discretionaire bevoegdheid heeft – het bepleiten van een zaak en het interpreteren van het recht is niet anders dan in de late republiek. Quintilianus noemt de kennis van het recht dan ook noodzakelijk voor een advocaat/pleiter.¹⁰¹

De rechtsgeleerden: De adviserende taak van de rechtsgeleerden verandert, omdat de keizer aan bepaalde juristen het *ius publice respondendi* verleent. Dit is het recht om uit naam van de keizer adviezen te geven aan burgers,

100 Zie Waelkens 2008, 155-159.

101 Quintilianus (ong. 95) 2001, XII.3:1-7.

rechters en andere magistraten. De meningen zijn erover verdeeld wat dit recht precies inhoudt. Sommigen stellen dat de beperking van de kring van adviserende juristen tot doel heeft de rechtszekerheid te bevorderen: alleen een beperkte kring van juristen kan in deze opvatting het recht bindend interpreteren. Omdat de *responsa* van deze bevoorrechte juristen bindend zijn voor rechters, hebben ze meer gezag dan de *responsa* van de juristen die geen keizerlijke goedkeuring hebben.¹⁰² Anderen stellen dat dit *ius publice respondendi* de bevoegdheid geeft om in het openbaar rechtsgeleerd onderwijs te geven. Zoals hierboven al is beschreven gaat de adviespraktijk hand in hand met het onderwijs omdat de rechtsgeleerden hun adviezen in het openbaar aan de rechtzoekenden geven en toelichten aan hun studenten. Zo zouden in Rome door het *ius publice respondendi* twee verschillende scholen zijn ontstaan, omdat Augustus dit recht aan twee rechtsgeleerden verleende.¹⁰³ Terwijl weer anderen denken dat dit recht wordt verleend aan de rechtsgeleerden uit de senatorenstand om zo de steeds machtiger wordende ridderstand buiten te sluiten.¹⁰⁴ Wat precies de functie van het *ius publice respondere* is, blijft dus gissen, maar men is het er wel over eens dat alle rechtsgeleerden het recht om adviezen te geven behouden, maar dat een elite die in het bezit is van het *ius publice respondere* dit met meer gezag kan doen dan de anderen, en dat dit recht de professionalisering van de rechtsgeleerdheid heeft ingeluid.¹⁰⁵

De conclusie is dat tijdens de periode waarin Quintilianus leeft de rechtskennis van de actoren bij het proces uiteenloopt. De betrokkenen hebben enige rechtskennis of kunnen zich van deskundig advies laten voorzien of een deskundige het woord laten doen. Hoewel er formeel sprake is van lekenrechtspraak – rechtspraak door burgers en niet door professionele rechters – hebben deze ‘leken’ wel enige juridische kennis of kunnen zich laten adviseren door rechtsgeleerden. De rechter in het cognitieproces is zelfs formeel geen lekenrechter meer, omdat hij als keizerlijke ambtenaar deze bevoegdheid gedelegeerd krijgt van de keizer. In deze periode heeft de praetor gemiddeld waarschijnlijk minder rechtskennis dan in de Republiek, omdat hij niet altijd afkomstig is uit de senatorenstand en dus niet altijd geschoold is. De functie en de rechtskennis van de advocaten is nauwelijks veranderd: zij zijn *retorici* met in ieder geval algemene juridische kennis.

In beide perioden maakt de bij de betrokkenen bij het proces aanwezige rechtskennis het dus mogelijk dat heteronome factoren de rechtsvinding beïnvloeden.

102 Zie Tellegen-Couperus 2003, 92-93. Zij verwijst voor dit standpunt naar een artikel van Tellegen 1988.

103 Zwolve 2004, 53-56.

104 Spruit 1992, 130-132.

105 Spruit 1992, 126-132; Zwolve 2004, 57-58.

2.2.3 Omgang met de rechtsbronnen

Of heteronome factoren de rechtsvinding beïnvloeden is niet alleen afhankelijk van de rechtskennis die de betrokken hebben, maar wordt natuurlijk vooral bepaald door de mate waarin de rechter gebonden is aan de rechtsbronnen.

a. De omgang met de rechtsbronnen in de late Republiek ten tijde van Cicero

In de late Romeinse Republiek bestaan verschillende rechtsbronnen. De belangrijkste bronnen van het positieve recht zijn de verschillende soorten wetgeving en het juristenrecht.¹⁰⁶ De houding van de Romeinen ten opzichte van de wetten is veel minder ambivalent dan die van de Grieken. Sinds de optekening van de rechten van burgers in de Wet der Twaalf Tafelen (ong. 450 vC), is de wet een belangrijke bron van rechtsnormen geweest. Naast de Wet der Twaalf Tafelen kennen de Romeinen andere wetten. Een besluit van de senaat op voorstel van een magistraat dat door de volksvergadering¹⁰⁷ wordt goedgekeurd, is een wet (*lex*). De meeste van de (ongeveer 800) bekende wetten hebben betrekking op het publiekrecht, vooral op de organisatie van de Republiek. Ongeveer 30 wetten gaan over het privaatrecht.¹⁰⁸

Elke magistraat wordt voor één jaar benoemd en begint zijn termijn met het afkondigen van een *edict*. Voor de ontwikkeling van het recht is de *praetor urbanus* de belangrijkste magistraat geweest. Deze *praetor* bepaalt in zijn *edict* welke *formula* beschikbaar zijn en daardoor welke vorderingen ingesteld kunnen worden. Daarnaast kunnen in de *formula*-procedure nieuwe *formula* worden ontwikkeld of bestaande worden aangepast, waardoor er steeds nieuwe rechtsmiddelen worden gecreëerd. Het scheppen van nieuwe of het aanpassen van bestaande *formula* kunnen we – in moderne termen uitgedrukt – zien als een proces van rechtsvorming, omdat door de *formula* subjectieve rechten worden gecreëerd. De *edicten* vormen de schriftelijke neerslag van dit proces van rechtsvorming. Elk nieuw *edict* bouwt voort op de ontwikkelingen in de rechtspraktijk en op de ervaringen met de regels die de voorganger had uitgevaardigd. In de loop van de tijd vormen de *edicten* een tamelijk volledige weergave van de ‘vaste’ rechtspraktijk, de regels die door alle praetoren in hun edict worden opgenomen (*ius honorarium*). De edicten fungeren net als de wet als een rechtsbron.¹⁰⁹

De rechtspraak fungeert niet als rechtsbron, omdat er geen rechterlijke organisatie of rechterlijke macht is en het vonnis van de incidentele rechter enkel tussen partijen werkt omdat het niet is geschreven en niet wordt gearchiveerd.

¹⁰⁶ Spruit 1992, 122-139; Zwolve 2004, 17-84.

¹⁰⁷ Er is niet zozeer sprake van een volksvergadering, maar van comitia. Dit zijn kiescolleges, die telkens anders samengesteld zijn, al dan niet met plebejers: Waelkens 2008, 45-46.

¹⁰⁸ Waelkens 2008, 46.

¹⁰⁹ Kunkel 1975, 110; Zwolve 2004, 31-36.

In de Republiek functioneren niet alleen diverse soorten wetgeving naast elkaar – lex, edict, plebisciet, senaatsbesluit – maar er gelden bovendien andere regels en andere procedures voor de verschillende rechtsgebieden, zoals voor het publiekrecht, het handelsrecht of het staatsrecht, en daarnaast is er nog het plaatselijke recht uitgevaardigd door de plaatselijke magistraten. Om dit complexe systeem van normen toe te passen en te interpreteren zijn de betrokkenen (praetor, rechter, burger, advocaat) aangewezen op juridisch advies van de rechtsgeleerden. De *responsa*-verzamelingen (casuïstische adviezenverzameling) van de rechtsgeleerden zijn een belangrijke rechtsvormende factor in het Romeinse recht. Zij vervullen een rol die min of meer vergelijkbaar is met de rol die de jurisprudentie nu vervult.¹¹⁰ De praetor is bij het opstellen van de *formula* gebonden aan het geschreven recht en natuurlijk de eigen edicten en de rechter is gebonden aan de *formula*. Er zijn dus in deze periode wel degelijk heteronome factoren die de rechterlijke oordeelsvorming beïnvloeden, omdat de rechter via de *formula* is gebonden aan het positieve recht.

b. De omgang met de rechtsbronnen in het Principaat ten tijde van Quintilianus
Tijdens het Principaat komt naast of over de oude republikeinse staatsorganisatie de keizerlijke orde tot ontwikkeling. De keizer en zijn administratie trekken gaandeweg de magistratelijke functies naar zich toe en ook het wetgevingsproces komt in handen van de keizer. De wetgeving komt voornamelijk tot stand door senaatsbesluiten. Aangezien de keizer als ‘eerste senator’ een groot deel van de senatoren benoemt, het initiatief tot wetgeving heeft en als senaatsvoorzitter het eerste spreekrecht heeft, is uiteindelijk de keizerlijke wil de belangrijkste rechtsbron. Naast zijn invloed op de senaatsbesluiten heeft de keizer ook zelf de rechtsvorming ter hand genomen door edicten uit te vaardigen, door adviezen te geven en vonnissen te wijzen in problemen die aan hen worden voorgelegd. Edicten, adviezen (*rescripten*) en vonnissen (*decreta*) hebben kracht van wet omdat ze afkomstig zijn van de keizer.¹¹¹

Naast de keizerlijke wetgeving is het juristenrecht (de rechtsgeleerde *responsa*-verzamelingen en de handboeken) een belangrijke rechtsbron. Zeker in het begin van het Principaat blijven de rechtsgeleerden adviezen geven net als tijdens de Republiek, maar door het *ius respondendi* wordt de adviespraktijk geprofessionaliseerd en geleidelijk de keizerlijke bureaucratie binnengetrokken. De rechter wordt een keizerlijke ambtenaar zodat er geen sprake is van onafhankelijke rechtspraak of een concept dat lijkt op de trias politica.

110 Zwolve 2004, 44-46.

111 Tellegen-Couperus 2003, 81-84.

In de tijd van Quintilianus is dit centralisatieproces nog niet voltooid. Er bestaan verschillende rechtsbronnen, verschillende procedures en verschillende rechtsstelsels naast elkaar. Kunkel vergelijkt het Romeinse recht in deze periode dan ook met de ‘toestand zoals in de vrije natuur: wat aan het wegwijnen is, staat vlak naast het nieuw opkomende’.¹¹²

In beide perioden bestaat er een complex netwerk van regels waaruit rechtsgeleerden op gezaghebbende wijze het positieve recht kunnen afleiden. De rechter is óf indirect gebonden aan het positieve recht via de *formula* en/ óf rechtstreeks gebonden aan het positieve recht omdat hij deel uit maakt van de keizerlijke hiërarchie en beroep mogelijk bij een hiërarchisch hogere ambtenaar.

2.2.4 *Is het recht een regelsysteem?*

Ik heb hierboven een regelsysteem beschreven als een stelsel van normen, met hun interpretaties en hun toepassingen, dat door de rechtsgenoten als een consistent geheel wordt ervaren. In de late Republiek gelden er verschillende normenstelsels tegelijkertijd; er is eigenlijk sprake van rechtspluralisme. Er is dus niet één coherent systeem hoewel rechtsgeleerden in de eerste eeuw vC wel moeite doen om het recht te systematiseren en te categoriseren.

Ook in het Principaat is er nog geen homogeen regelsysteem, maar verschillende tegelijkertijd geldende normenstelsels, waarbij dan ook nog nieuwe keizerlijke structuren naast de oude republikeinse komen te staan. Wel wordt in het cognitieproces de rechtseenheid meer en meer gegarandeerd, want door het hoger beroep ontwikkelt zich een ‘hoogste’ rechter die de rechtseenheid bewaart.

Wat we weten van het Romeinse recht weten we uit een beperkt aantal schriftelijke juridische bronnen. Wat we weten over hoe de Romeinse burgers dit recht hebben gebruikt en ervaren weten we uit een beperkt aantal literaire bronnen. In feite is het onmogelijk om op basis van deze informatie en vanuit deze tijd te beoordelen of de Romeinen hun recht als een regelsysteem hebben ervaren zonder in anachronisme te vervallen.¹¹³ Toch blijkt wel dat het recht in Rome aanzienlijk verder is ontwikkeld dan in het Athene van de vierde eeuw vC. Er zit meer systeem in het Romeinse recht omdat de wetgeving – hoe divers ook – toegepast wordt en omdat er een beroepsgroep is die het recht op gezaghebbende wijze interpreteert.

¹¹² Kunkel 1975, 101.

¹¹³ Zie ook Waelkens 2008, 379-380.

2.2.5 *In beide perioden is een proces een retorische én een juridische strijd* *Late Republiek*

In de late Republiek is er in ieder geval enige rechtskennis bij de deelnemers aan het proces. Van de praetor, de advocaat en de rechter mag verwacht worden dat ze scholing hebben genoten, omdat ze afkomstig zijn uit de senatorenstand of (vanaf 71 vC) uit de ridderstand. Voor gegoede Romeinen betekent scholing in ieder geval enige kennis van het recht en kennis van de retorica. Over de rechtskennis van de burger valt niet meer te zeggen dan dat deze zich meestal bij laat staan door een advocaat. Wanneer de algemene rechtskennis van de betrokkenen onvoldoende is, kunnen zij juridisch advies krijgen van de rechtsgeleerden. Dit betekent dat alle betrokkenen bij het proces – zelf of via hun adviseur – op de hoogte zijn van het positieve recht, zodat tijdens de procedure een zinvolle discussie kon ontstaan over de interpretatie van het recht.

In deze periode is er sprake van rechtspluralisme, naast elkaar bestaan verschillende tot wetgeving bevoegde organen, verschillende territoriale rechtsstelsels, verschillende functionele rechtsstelsels. De rechtsgeleerden destilleren hier op gezaghebbend wijze het geldende recht uit. Voor hen zit er kennelijk wel systeem in het recht.

Zowel de praetor als de rechter is aan het positieve recht gebonden. De praetor heeft een zekere vrijheid om rechtsvormend op te treden door tijdens de *in iure*-fase de bestaande *formula* aan te passen aan de concrete situatie, maar wordt door de inbreng van advocaat en rechtsgeleerde aan het positieve recht gebonden. De Romeinse rechter kan niet zomaar naar willekeur beslissen, maar is door de binding aan de *formula* aan het positieve recht gebonden.

De rechtsvinding in de late Republiek is dan ook min of meer heteronoom van karakter. De rechtsstrijd is in deze periode zowel een retorische als een juridische strijd. Cicero besteedt dan ook in zijn boek over retorica aandacht aan het vinden van de juridische kwestie (met behulp van de statusleer) en het vinden van de goede juridische argumenten (met behulp van de topiek).¹¹⁴

Principaat

Tijdens het Principaat wordt naast het *formula*-proces het cognitieproces ingevoerd, een eenvoudiger procesvorm op tegenspraak, waarin een schriftelijk vonnis wordt gewezen waartegen beroep openstaat. De rechter in het cognitieproces is aan het positieve recht gebonden, omdat hij als keizerlijke ambtenaar deel uitmaakt van de ambtelijke hiërarchie. Door de mogelijkheid van beroep wordt rechtseenheid tot stand gebracht.

Het positieve recht kent vele rechtsbronnen. Naast de bronnen die in de late Republiek al bestonden komen de keizerlijke: wetten, senaatsbesluiten,

¹¹⁴ Cicero (55 vC) 2004, 2:114-151.

plebiscieten en edicten bestaan naast keizerlijk verordeningen, keizerlijke adviezen (*rescripten*). Daarnaast fungeert de rechtsgeleerde literatuur als rechtsbron en hebben de vonnissen die in hoger beroep zijn gewezen (*decreta*) precedentwerking.

In het begin van het Principaat heeft de rechtsvinding een tamelijk heteronoom karakter. In de rechtsstrijd vechten partijen bijgestaan door hun advocaten in procedures van een verschillend karakter over de interpretatie van het recht waarbij ze zich bedienen van verscheidene rechtsbronnen. Er is dus sprake van een inhoudelijke rechtsstrijd. De rechter is of via de *formula* of via de ambtelijke hiërarchie aan het positieve recht gebonden. Het positieve recht is kenbaar via de rechtsgeleerden, de *rescripten* en – wat later – ook via de *decreta*.

De rechtsstrijd is in deze periode zowel een retorische als juridische strijd. Volgens Quintilianus is de mate waarin de pleiter gebruik kan maken van retorische technieken afhankelijk van het soort rechter: hoe omvangrijker het rechterlijke college en hoe minder professioneel de rechter is, hoe meer ruimte er is voor pleiter om retorische technieken toe te passen.¹¹⁵ De armslag van de pleiter wordt niet alleen bepaald door het publiek – door de aard en samenstelling van het rechterlijk college – maar is ook afhankelijk van het soort zaak: ‘In minder beduidende zaken, zoals de meeste private, dient die opsmuk ingehouden en aan de omstandigheden aangepast te zijn, terwijl men in woordkeus uiterst zorgvuldig moet zijn.’¹¹⁶ De pleiter moet in onbeduidende zaken terughoudend zijn met het opwekken van emoties bij de toehoorder, want ‘In onbeduidende geschillen is het opvoeren van zo’n tragedie net zo iets als kleuters het masker en de toneellaarzen van Hercules willen aantrekken.’¹¹⁷ In de meeste civiele zaken wordt dus, volgens Quintilianus, minder gebruikgemaakt van de retorica omdat deze zaken vaak van minder groot belang zijn en vaak worden beslist door minder grote jury’s.

Een rechtszaak in Quintilianus’ tijd blijkt een inhoudelijke strijd over de interpretatie van het recht waarbij afhankelijk van de zaak en afhankelijk van het soort rechter gebruik wordt gemaakt van retorische middelen.

3. Conclusie: ondanks de verschuiving van een autonoom naar meer heteronoom karakter van de rechtspraak is de retorica van belang gebleven

De drie klassieke retorische auteurs die centraal staan in dit hoofdstuk leefden op verschillende momenten in de geschiedenis in verschillende rechtscultu-

115 Quintilianus (ong. 95) 2001, II:17.28, XI:1.43. Zie ook Martín 2003, 161-164.

116 Quintilianus (ong. 95) 2001, IV.2.117.

117 Quintilianus (ong. 95) 2001, VI.1.36.

ren. Ondanks het feit dat in de loop van deze geschiedenis de actoren steeds meer gebonden werden aan het positieve recht zijn de retorische adviezen voor de procesrede niet fundamenteel veranderd.

In het Athene van Aristoteles (4^{de} eeuw vC) heeft de rechtsvinding een in hoge mate autonoom karakter en wordt tijdens de rechtsgang voornamelijk een retorische strijd gestreden. In de Romeinse late Republiek (1^{ste} eeuw vC) spelen de heteronome factoren een belangrijker rol bij de rechtsvinding en betoogt Cicero dat in de procesrede de retorica en de juridische kennis hand in hand moeten gaan, terwijl tijdens het principaat (1^{ste} eeuw nC) de invloed van de heteronome factoren op de rechtsvinding nog verder is toegenomen en leert Quintilianus zijn leerlingen om in de procesrede genuanceerd gebruik te maken van de retorica.

Er bestaat weliswaar een verband tussen het gebruik van retorica en het autonome karakter van de rechtsvinding, maar dit is geen evenredig verband. Wanneer de rechtsvinding een autonoom karakter heeft is het overtuigingsproces voornamelijk gebaseerd op retorische middelen. Er zou een evenredig verband bestaan als de retorica minder gebruikt zou worden naarmate de rechtsvinding minder autonoom is. Dit is niet het geval. Naarmate de invloed van heteronome factoren bij de rechtsvinding groter wordt – en de autonomie van de rechter dus kleiner – wordt het retorische karakter van de procesrede meer juridisch ingekleurd. Er worden meer juridische argumenten gebruikt, maar het advies om daarnaast gebruik te maken van emotionele middelen verandert niet. Dit advies van de auteurs staat kennelijk los van het karakter van de rechtsvinding. Ieder van hen adviseert de pleiter immers gebruik te maken van rationele én emotionele overtuigingsmiddelen, terwijl de procedure, de professionaliteit van de betrokkenen en omgang met de rechtsbronnen veranderen.

De genoemde factoren blijken echter wel van invloed op de verhouding waarin de verschillende overtuigingsmiddelen gebruikt worden. Naarmate heteronome factoren de rechtsvinding meer beïnvloeden en het positieve recht de rechter meer bindt, blijken rationele juridische argumenten (logos) een belangrijker plaats op te eisen naast de emotionele overtuigingsmiddelen. Het is dus niet zo dat emotionele overtuigingsmiddelen alleen ingezet worden bij autonome rechtsvinding: dit is de situatie in Aristoteles' tijd. Ook in de Romeinse situatie waarin de invloed van de professionals en de gebondenheid aan het recht groter is, blijven retorici pleiten voor het gebruik van emotionele overtuigingsmiddelen.

Wanneer de emotionele overtuigingsmiddelen los van de specifieke kenmerken van de rechtspraak van belang zijn voor de overtuigingskracht van een pleidooi, heeft het zin om nauwkeuriger naar de emotionele overtuigingsmiddelen te kijken om de volgende vragen te beantwoorden. Wat zijn de emotionele overtuigingsmiddelen? Hoe verhouden ze zich tot elkaar? Hoe verklaren de klassieke retorici de overtuigingskracht van emoties?

De overtuigingskracht van emoties in de klassieke procesrede

Waarin op basis van de teksten van de klassieke schrijvers een reconstructie plaatsvindt van hun opvattingen over de verhouding tussen de verschillende overtuigingsmiddelen en de invloed van emoties op de overtuigingskracht van een juridisch betoog.

1. Aristoteles in de hoofdrol

Kennelijk heeft het zin om verder te zoeken naar de achtergronden van het klassiek retorische advies om de emoties van de rechter te bespelen bij een juridische pleidooi. Er is immers gebleken dat het gebruik van retorische middelen en in het bijzonder van emotionele overtuigingsmiddelen niet gereserveerd is voor situaties waarbij een groot ongeschoold publiek als rechter fungeert, dat op geheel autonome wijze tot een oordeel komt.

In dit hoofdstuk reconstrueer ik de verklaring die de klassieke retorici geven voor de invloed van emoties op de overtuigingskracht van een juridisch betoog. Op het eerste gezicht lijkt die verklaring nogal voor de hand liggend. Zo stelt Quintilianus:

Bewijsvoeringen kunnen inderdaad bewerkstelligen dat de rechters onze positie de sterkste vinden, emoties zorgen ervoor dat ze dat ook willen – en wat ze willen, geloven ze ook. Zodra er iets van woede, welwillendheid, haat of medelijden in hen opgekomen is, hebben ze het gevoel dat het hun eigen zaak is, die op het spel staat. Zoals wie verliefd is, niet over schoonheid kan oordelen omdat zijn geest zijn ogen voorschrijft wat ze moeten waarnemen, zo verliest een rechter die door zijn emoties in beslag genomen wordt, alle vermogen om nuchter onderscheid te maken tussen waarheid en onwaarheid: hij wordt gegrepen door die branding en geeft zich als het ware over aan de stroom die hem meesleurt.¹

¹ Quintilianus (ong. 95) 2001, VI.2:5-7.

Uit dit citaat lijkt te volgen dat emoties effectief zijn omdat ze de rechter verhinderen om tot een rationele besluitvorming te komen. Emoties zouden dan overtuigingskracht hebben omdat ze manipuleren en de rechter verhinderen 'nuchter onderscheid te maken tussen waarheid en onwaarheid'. Wanneer we de sleutelpassage uit Aristoteles' *Retorica* naast deze passage zetten blijkt het complexer te zijn. Aristoteles stelt:

Zo veel over materiaal (...) en over de soorten van meningen en stellingen die nuttig zijn voor een overtuigende redenering (...) Maar omdat welsprekendheid haar doel vindt in een oordeel – politieke toespraken worden aan een oordeel onderworpen, en ook een uitspraak van de rechtbank is een oordeel – moet een spreker niet alleen erop toezien dat de redenering verhelderend en overtuigend is, maar evenzeer zijn eigen persoon in een bepaald daglicht stellen en de beoordelaar in een bepaald gemoedstoestand brengen. Het maakt voor het overtuigingsproces heel wat uit (...) dat de spreker bepaalde eigenschappen aan de dag legt en dat de toehoorders de indruk hebben dat hij jegens hen op een bepaalde manier gestemd is, en als ook zichzelf op een bepaalde manier gestemd zijn.²

Volgens Aristoteles hebben emoties overtuigingskracht omdat er een onlosmakelijke band bestaat tussen overtuigen en oordelen. Aangezien emoties bij het oordelen nu eenmaal een rol spelen, moeten ze bij het overtuigen gebruikt worden. Hoe zit het nu: leidt het gebruik van emotionele overtuigingsmiddelen tot manipulatie of vormen emoties een noodzakelijk onderdeel van elk overtuigingsproces?

In dit hoofdstuk zal ik de denkbeelden van Aristoteles het meest gebruiken omdat hij zich bezig heeft gehouden met de ontwikkeling van de leer van de retorica, terwijl bij Quintilianus een goede toepassing van de leer centraal staat. Cicero heeft zich zowel op een theoretisch als een praktisch niveau met de retorica beziggehouden, maar hij heeft andere – meer praktijkgerichte – theoretische vragen gesteld, zoals welke kennis moet iemand hebben om een goede pleiter te kunnen zijn en welke taken heeft een pleiter.³ Aristoteles – sowieso een van de eerste Westerse filosofen die emoties serieus heeft

2 Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1377b:15-25.

3 Op een theoretisch niveau is de retorica een leer of een activiteit met bepaalde uitgangspunten, een object, een doel en met intrinsieke waarden: Leeman & Braet spreken in dit verband van 'de metatheorie van de klassieke retorica' (Leeman & Braet 1987, 52-57). Op een praktisch niveau is het een vaardigheid om met behulp van deze leer goed en overtuigend te spreken. Het is bij de retorica net als bij de geneeskunde, het is de wetenschap van de ziekten en gezondheid van het menselijk lichaam, maar het is ook de vaardigheid om met behulp van die wetenschap een diagnose te stellen en patiënten te genezen (Garver 1994, 18-51). Garver wijdt een hoofdstuk aan de plaatsbepaling van de retorica tussen 'craft and wisdom'.

genomen⁴ – heeft zich dus meer dan de andere schrijvers beziggehouden met theoretische vragen zoals wat zijn emoties, en waaruit bestaat de invloed van emoties op het oordelende publiek. Dit zijn nu net de vragen die in dit hoofdstuk centraal staan.

2. De verhouding tussen de overtuigingsmiddelen

2.1 Overtuigingsmiddelen

Aristoteles definieert de retorica als het vermogen om ‘met betrekking tot elk onderwerp in te zien wat overtuigingskracht heeft’.⁵ Er staan een pleiter drie retorische overtuigingsmiddelen (*pisteis*) ter beschikking: logos, ethos en pathos. De term *pisteis* wordt ook wel met ‘bewijs’ vertaald, maar het begrip is ruimer, zodat overtuigingsmiddel een betere vertaling is. Het begrip overtuigingsmiddel omvat niet alleen feitelijk bewijs, maar ook de middelen die bruikbaar zijn om vertrouwen en geloof te wekken.⁶ Aristoteles verzet zich tegen de algemene retorische instructies van zijn tijd – die zich voornamelijk concentreren op het opwekken van emoties bij het publiek (pathos) – door aandacht te vragen voor alle *pisteis*, dus zowel voor de emotionele overtuigingsmiddelen als voor de rationele.⁷ Aristoteles deelt de overtuigingsmiddelen op twee manieren in. Hij maakt onderscheid tussen retorische en niet-retorische overtuigingsmiddelen⁸ en brengt de bekende driedeling aan in de retorische overtuigingsmiddelen.⁹

4 Pott 2008; Fortenbaugh 2002; Nussbaum 1996a; Solomon 1993.

5 Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1355b:25-26.

6 Carey 1996, 399. Volgens Carey omvat de term *pisteis* zowel bewijs als de begrippen betrouwbaarheid en geloofwaardigheid.

7 Huys 2004, 10-11; Leeman & Braet 1987, 65.

8 De niet-retorische overtuigingsmiddelen zijn de overtuigingsmiddelen die los van de retorische inspanningen van de pleiter bestaan. De pleiter hoeft deze gegevens alleen maar te verzamelen en te onderzoeken wat hij er mee moet doen: hij hoeft ze niet te bedenken, hij moet ze gebruiken. Aristoteles noemt: de wet, de getuigenverklaringen, bekentenissen, het contract en de eed: Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1375a:21-1377b:10.

9 Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1355b:35; 1356a:1-35.

Sommige overtuigingsmiddelen behoren tot de welsprekendheid als kunst, andere vallen hierbuiten. Onder wat erbuiten valt versta ik al wat niet door ons eigen toedoen is verstrekt, maar voordien al voor handen was, zoals getuigen, verklaringen afgelegd door slaven onder foltering, geschreven overeenkomsten en dergelijke (...) Overtuigingsmiddelen die tot stand worden gebracht door het gesproken woord zijn er in drie soorten: die gelegen in het karakter van de spreker, die gelegen in het in een bepaalde gemoedstoestand brengen van de toehoorder, en die gelegen in de redenering zelf, die erop berusten dat ze iets aantonen of schijnen aan te tonen.

Cicero hanteert dezelfde indelingen,¹⁰ maar werkt alleen de retorische overtuigingsmiddelen verder uit als een onderdeel een van de taken van de pleiter.¹¹ De eerste taak van een pleiter – een goede voorbereiding (*inventio*) – begint met een grondig onderzoek van de zaak,¹² gevolgd door een analyse die leidt tot het bepalen van strijdvraag en standpunt, en wordt afgerond met een zoektocht naar de middelen die gebruikt kunnen worden om het standpunt te onderbouwen: de overtuigingsmiddelen.¹³

Want de hele redenaarskunst ontleent haar overtuigingskracht aan drie factoren:

a. dat we de waarheid van onze beweringen bewijzen, b. dat we de toehoorders voor ons winnen, en c. dat we elk gewenst gevoel bij ons gehoor opwekken.¹⁴

Om te kunnen overtuigen moet een redenaar dus bewijzen (*probare*), voor zich innemen (*conciliare*) en emotioneren (*movere*). Het verband met Aristoteles' driedeling is duidelijk.¹⁵

2.2 De retorische overtuigingsmiddelen: *logos, ethos, pathos*

2.2.1 *Logos*

Logos is het overtuigingsmiddel dat zich richt op het intellect van het publiek. Het probeert te overtuigen met behulp van een redenering. In de retorica wordt echter niet geredeneerd met ware uitspraken – zoals in de logica – maar met waarschijnlijke/aanvaardbare uitspraken (argumenten). Dit heeft tot gevolg dat de retorische bewijsvoering op een andere manier werkt dan de logische bewijsvoering. Logos, de redenering in de retorica, maakt gebruik

10 Cicero (55 vC) 2004, 2:116, 118-120; Quintilianus (ong. 95) 2001, V.1-7. Quintilianus behandelt onder verwijzing naar Aristoteles als niet-vakmatige bewijsmiddelen: precedenten (decreta), geruchten, bekentenis na foltering, documenten, eden en getuigen.

11 De Romeinen dichten de pleiter vijf taken toe: vinden (*inventio*), ordenen (*dipositio*), verwoorden (*elocutio*), inprenten (*memoria*), voordracht (*actio*).

12 Cicero (55 vC) 2004, 2:100.

We zullen namelijk allereerst voorschrijven, dat hij zich van elke te behandelen zaak vooraf zorgvuldig en grondig op de hoogte stelt! Op school wordt dit voorschrift niet gegeven, omdat leerlingen daar eenvoudige zaken voorgelegd krijgen (...). Maar in de echte rechtspraktijk dient men alles te weten van documenten, getuigenverklaringen, verschillende soorten overeenkomsten, formele toezeggingen, bloed- en aanverwantschap, gerechtelijke uitspraken en aanbevelingen van juristen, en tenslotte ook nog van de levensloop van de betrokken personen.

13 Cicero (55 vC) 2004, 2:99-177. Statusleer is de leer die zich bezighoudt met het vinden van de centrale stelling van het betoog: Leeman & Braet 1987, 76. Een toop is een vindplaats van argumenten. In de toepik worden voor elke soort redevoeringen specifieke topen en gemeenschappelijke topen aangevoerd.

14 Cicero (55 vC) 2004, 2:115.

15 Leeman & Braet 1987, 51.

van het enthymeem en het voorbeeld.¹⁶ Het enthymeem is een deductieve en het voorbeeld een inductieve manier van redeneren.

In de logica wordt deductief geredeneerd met het *syllogisme*.

maior premisse (= algemene regel)	alle advocaten zijn juristen
minor premisse (= het geval)	Loes is een advocaat
conclusie:	Loes is een jurist

Wil een syllogisme tot een ware conclusie leiden, dan moeten de premissen aan een aantal voorwaarden voldoen: de premissen moeten waar en eenduidig zijn, en de minor moet een deelverzameling van de maior zijn. In de retorica wordt niet aan deze voorwaarden voldaan. Er kunnen namelijk over het object van de retorica geen ware uitspraken worden gedaan, zodat geen ware en eenduidige premissen kunnen worden opgesteld.

Het *enthymeem* is een retorisch syllogisme. Het is om twee redenen geen echt syllogisme. Op de eerste plaats omdat de uitspraken die de premissen vormen niet waar, maar aanvaardbaar of algemeen geaccepteerd zijn. Ten tweede omdat het *enthymeem* vaak incompleet is; vaak wordt de maior premisse weggelaten. Het enthymeem lijkt op een syllogisme omdat op een vergelijkbare manier van een algemene regel naar een bijzonder geval wordt geredeneerd.¹⁷

Het *voorbeeld* is een inductieve wijze van redeneren: de spreker geeft een aantal voorbeelden, waar hij een algemene regel uit destilleert en past die vervolgens toe op het geval.

Zo kan een spreker bijvoorbeeld betogen dat Dionysius I met zijn verzoek om een lijfwacht een greep naar de macht in de zin heeft, met een beroep op het voorbeeld 'in vroeger tijden heeft immers ook Pisistratus met dezelfde bedoeling om een lijfwacht gevraagd en toen hij deze had verkregen de macht gegrepen, en Theagenes in Megara net zo'; en zo worden anderen van wie sprekers

16 Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1356a:20-1356b:5.

Overtuigen door de redenering vindt plaats wanneer we aantonen dat iets waar of juist schijnbaar is op grond van wat met betrekking tot elk onderwerp overtuigend is... Alle sprekers voltrekken het overtuigen door middel van bewijsvoering door niets dan ofwel voorbeelden of enthymemen aan te voeren.

Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1357a:25-30.

De meeste dingen waarop oordelen en onderzoeken betrekking hebben zouden ook anders kunnen zijn, want mensen beraadslagen en doen onderzoek met betrekking tot hun handelen, en al hun handelingen vallen in deze klasse: zo goed als geen ervan is noodzakelijk. Dingen die alleen in de meeste gevallen opgaan en die ook anders kunnen zijn moeten noodzakelijkerwijs worden afgeleid uit overwegingen waarvoor hetzelfde geldt (...) Enthymemen worden namelijk opgebouwd uit waarschijnlijkheden en uit aanwijzingen.

17 Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1357a:1-1357b:25.

dit weten allemaal tot voorbeeld voor het geval van Dionysius, van wie ze nog niet weten of dit de reden is voor zijn verzoek.¹⁸

Uit verschillende, vergelijkbare voorbeelden wordt de regel gedestilleerd dat een ieder met tirannieke ambities eerst om een lijfwacht vraagt. Vervolgens wordt de regel op het concrete geval toegepast.¹⁹

Over logos, het rationele retorische overtuigingsmiddel, wordt in de moderne tijd het meeste geschreven. Denk aan alle literatuur over juridische argumentatie, maar ook over de topiek en de statusleer.²⁰ Ik laat dit overtuigingsmiddel in het vervolg verder buiten beschouwing, omdat in dit onderzoek de emotionele overtuigingsmiddelen centraal staan.

2.2.2 *Ethos*

Dit emotionele overtuigingsmiddel maakt gebruik van het karakter of de persoonlijkheid van de pleiter. In het moderne taalgebruik zouden we misschien kunnen spreken van het imago of de uitstraling. Dit overtuigingsmiddel appelleert aan het gevoel dat iedereen wel kent: dat een redelijk, vriendelijk, zorgvuldig mens geen onredelijke eisen kan stellen of niet onzorgvuldig kan handelen. Aristoteles omschrijft het als volgt:

Overtuigen door middel van het karakter vindt plaats wanneer het betoog zo wordt ingekleed dat het de spreker als geloofwaardig voorstelt: fatsoenlijke mensen geloven we liever en gauwer, over alle onderwerpen in het algemeen, maar helemaal in kwesties waar geen exacte kennis van mogelijk is en waar plaats is voor twijfel. Maar dit vertrouwen moet wel het gevolg zijn van de toespraak zelf, niet van een vooroordeel over de aard van de spreker.²¹

Met ethos probeert de spreker zijn overtuigingskracht te vergroten door zich als een betrouwbaar mens te presenteren. Het terrein waarop de retoricus zich beweegt is immers het terrein van de waarschijnlijkheden. De toehoorder is eerder geneigd een twijfelachtige uitspraak van iemand te aanvaarden die hij vertrouwt. Daarom is het ethos van de spreker van doorslaggevend belang voor zijn overtuigingskracht.

Cicero en Quintilianus omschrijven ethos elk op een iets andere manier dan Aristoteles.

18 Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1357b:30-35.

19 Aristoteles bespreekt het enthymeem en het voorbeeld opnieuw, maar dan uitgebreider in boek II: Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1391b:28-1403b:1.

20 Zie voor een overzicht van de theorieën over juridische argumentatie: Feteris 1994. Over het gebruik van de topiek bij juridische argumentatie: Viehweg 1969; Leijten 1977. Voor een moderne manier om de statusleer te gebruiken: Hage 2008.

21 Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1356a:5-10.

Cicero:

Welnu dus, om een zaak te winnen is het ten eerste van groot belang dat het karakter, de opvattingen, de daden en de leefwijze van de verdedigers en hun cliënten als lofwaardig worden voorgesteld en die van hun tegenstanders als verwerpelijk, en dat bij het publiek zoveel mogelijk sympathie wordt gewekt, zowel voor de redenaar als voor zijn cliënt (...) Dit element heeft, als het met innemendheid en subtiliteit wordt toegepast, – en dat niet alleen aan het begin van de rede, maar ook bij het relaas van de feiten of aan het slot – zoveel kracht, dat het vaak meer gewicht in de schaal legt dan de zaak zelf.²²

Quintilianus:

Het ethos dat wij in gedachten hebben en van sprekers verlangen, is een goedmoedigheid die de toehoorders in de eerste plaats door goedheid voor zich inneemt. Deze toestand kan zachtmoedig of kalm zijn, maar ook vriendelijk, innerlijk beschaafd, aantrekkelijk voor de toeschouwers en prettig om naar te luisteren. (...) Deze deugden moet de redenaar, zo mogelijk, ook in zijn cliënt prijzen, maar hij moet ze in ieder geval zelf bezitten of althans zo doen voorkomen. (...) Wie tijdens het spreken de indruk maakt een slecht mens te zijn, is hoe dan ook een slecht spreker: hij lijkt geen gelijk te hebben, anders zou dat wel blijken uit zijn ethos.²³

Wanneer we deze citaten vergelijken met Aristoteles' beschrijving van ethos blijkt dat er twee verschillen zijn. Ten eerste beperkt Aristoteles het ethos tot het karakter van de spreker, terwijl Cicero en Quintilianus niet alleen aandacht besteden aan het karakter dat de spreker zich aanmeet, maar ook aandacht vragen voor de karaktertekening van de andere betrokkenen. De pleiter moet, volgens de Romeinse retorici, ook het ethos van zijn cliënt, van diens tegenpartij en van de pleiter van de tegenpartij vormgeven. Dit verschil tussen Aristoteles en de Romeinse auteurs lijkt mij niet fundamenteel, maar heeft waarschijnlijk te maken met het feit dat in een Atheense rechtszaak elke partij voor zichzelf optreedt, daardoor heeft Aristoteles zich de vraag niet hoeven stellen of ethos de karaktertekening van anderen dan de spreker omvat.

Ten tweede blijken de schrijvers verschillende ethosconcepten te hantieren. Aristoteles' ethos heeft betrekking op de geloofwaardigheid van de spreker, terwijl het Cicero en Quintilianus om de sympathie van de toehoorder gaat. Dit verschil van opvatting is relevant omdat bij het ethosconcept waarbij

²² Cicero (55 vC) 2004, 2:182-184.

²³ Quintilianus (ong. 95) 2001, VI.2.13 en 18.

het doel is om de sympathie bij de toehoorder te wekken de grens met pathos betrekkelijk dun is, zodat dan de vraag rijst of er wel twee verschillende emotionele overtuigingsmiddelen zijn. Quintilianus ziet ethos dan ook als een gematigde variant van pathos.²⁴ Dit verschil in opvatting zal ik in §2.3 nader uitwerken.

2.2.3 *Pathos*

De achterliggende gedachte bij dit overtuigingsmiddel is dat de gemoeds-toestand van de toehoorder van invloed is op zijn beslissing.

Overtuigen door middel van de toehoorders vindt plaats wanneer het betoog hun gevoelens opwekt. De oordelen die we uitspreken verschillen immers naargelang we verdrietig of vrolijk zijn gestemd en genegenheid of afkeer voelen.²⁵

Het is Aristoteles te doen om de emoties die de pleiter met retorische middelen op kan wekken en die in staat zijn de oordeelsvorming te beïnvloeden. Aristoteles noemt woede, kalmte, mildheid, vriendschap, haat, zelfvertrouwen, angst, schaamte(loosheid), goedgunstigheid, medelijden, verontwaardiging, afgunst en minachting. Hij analyseert deze dertien emoties systematisch door van elke emotie een definitie te geven, het subject, het object en de oorzaak van de emotie te omschrijven.

Cicero's behandeling van pathos is oppervlakkiger dan die van Aristoteles. Hij omschrijft ethos en pathos in één zin:

Niets, Catulus, is immers bij het spreken van meer belang dan dat de redenaar de toehoorder gunstig voor zich stemt en dat die toehoorder zelf zo beïnvloed wordt dat hij meer door opwellingen en emoties wordt beheerst dan door een weloverwogen oordeel.²⁶

Hij somt vervolgens de emoties op die pleiters bij rechters willen wekken: vurige sympathie, haat, afgunst, medelijden, hoop, vrees, vreugde en verdriet en beschrijft hoe de pleiter deze emoties als een soort acteur op moet wekken.²⁷

²⁴ Quintilianus (ong. 95) 2001, VI: 2.9.

²⁵ Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1356a:14-17.

Quintilianus (ong. 95) 2001, VI.2.23-24.

Voor het moment volsta ik ermee op te merken, dat het bespelen van emoties niet als enige doel heeft de feiten bitter en smartelijk te laten lijken, maar ook om wat gewoonlijk best door de beugel kan, als onverteerbaar af te schilderen (...) Hierin ligt de kracht van de welsprekendheid, dat zij de rechter niet slechts brengt tot waar ook de zaak zelf hem gebracht zou hebben, maar dat zij een niet aanwezige emotie oproept of een wel aanwezige versterkt.

²⁶ Cicero (55 vC) 2004, 2:178.

²⁷ Cicero (55 vC) 2004, 2:185-197.

Quintilianus besteedt nog minder aandacht aan de beschrijving van de verschillende emoties die volgens hem voor de pleiter nuttig zijn (woede, haat, afgunst, vrees, afkeer, medelijden) dan Cicero doet. Voor Quintilianus is er slechts een gradueel verschil tussen pathos en ethos:

Onder de eerste soort vallen dan opgewonden emoties, onder de andere kalme en beheerste; in het eerste geval is er sprake van heftige gemoedsbewegingen, in het tweede van milde; de eerste heerst, de tweede overreedt; de eerste is het meest geschikt om in verwarring te brengen, de tweede om welwillendheid te kweken.²⁸

Er zijn dus verschillen tussen de opvattingen van de drie auteurs over de aard van de emotionele overtuigingsmiddelen. Het is zaak deze opvattingen eerst nader te analyseren voor ik het onderzoek kan richten op de overtuigingskracht van emoties.

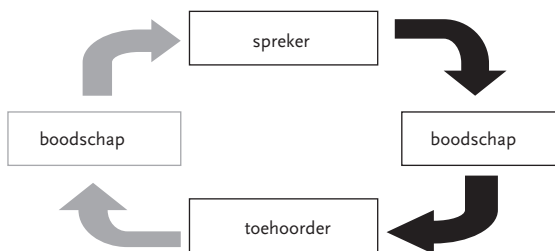
2.3 *Zijn er drie overtuigingsmiddelen?*

In de vorige paragraaf heb ik er al op gewezen dat er een opmerkelijk verschil is tussen ethos zoals Aristoteles het definieert en de omschrijving van Cicero en Quintilianus. Aristoteles' ethos heeft betrekking op de geloofwaardigheid van de spreker, terwijl het Cicero en Quintilianus om de sympathie van de toehoorder gaat. Met het gevolg dat Aristoteles een scherp onderscheid maakt tussen de drie overtuigingsmiddelen, terwijl Cicero en Quintilianus ethos en pathos zien als varianten van hetzelfde overtuigingsmiddel. Alleen bij Aristoteles zou er dan sprake zijn van drie verschillende overtuigingsmiddelen. Zijn ethos en pathos verschillende overtuigingsmiddelen of zijn het twee manieren om de emoties van de toehoorder te bespelen?

Laten we de analyse beginnen bij het communicatiemodel dat Aristoteles introduceert aan het begin van zijn verhandeling over de retorica en dat de moderne lezer bekend zal voorkomen. 'Een toespraak vooronderstelt namelijk drie factoren: spreker, onderwerp en toegesprokene.'²⁹

²⁸ Quintilianus (ong. 95) 2001, VI.2.9.

²⁹ Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1358b:1.



Het proces van overtuigen is een cyclisch proces waarin de rollen van de spreker en de toehoorder elkaar afwisselen. De spreker wil de toehoorder overtuigen en kiest de middelen om dat doel te bereiken. Wanneer de toehoorder reageert, draaien de rollen om en fungeert hij als zender van een boodschap.

Een veelgebruikte manier om de drie overtuigingsmiddelen te verhelderen is door een verband te leggen tussen een overtuigingsmiddel en één van de onderdelen van het communicatiemodel: ethos is verbonden met de spreker, logos met de boodschap en pathos met de toehoorder.³⁰ Maar wat betekent ‘verbonden met’ in deze zienswijze? Het kan niet betekenen ‘gericht op’, want alle overtuigingsmiddelen zijn op hetzelfde gericht, namelijk het beïnvloeden van de besluitvorming van de toehoorder, zodat alle overtuigingsmiddelen uiteindelijk zijn ‘gericht op’ de toehoorder.³¹ Als ‘verbonden met’ dus niet betekent ‘gericht op’, welk verband legt het dan wel? Ik begrijp Aristoteles zo, dat het verband tussen de onderdelen van het communicatiemodel en de overtuigingsmiddelen is aan te geven met ‘door middel van’. Bij ethos is de spreker het middel om te overtuigen, bij logos het onderwerp en bij pathos de toehoorder, steeds met het doel om de besluitvorming van de toehoorder te beïnvloeden en dus steeds gericht op de toehoorder.

Wisse gaat nog een stap verder. Elk overtuigingsmiddel is niet met één onderdeel van het communicatiemodel verbonden, maar met alle drie. Elk overtuigingsmiddel krijgt effect door de spreker, de boodschap en de toehoorder.³² We nemen ethos als voorbeeld. Ethos krijgt effect door de spreker: de spreker presenteert zichzelf als betrouwbaar, door de boodschap: de boodschap wordt zo gebracht dat deze suggereert dat de spreker betrouwbaar is en, door de toehoorder: de toehoorder stelt vertrouwen in de spreker en baseert

³⁰ Wisse 1989, 6.

³¹ Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1358b:1.

Het doel van een toespraak staat in betrekking tot deze laatste, de toehoorder. Deze is noodzakelijkerwijs ofwel waarnemer zonder meer, of hij moet een oordeel vellen (...).

³² Wisse 1989, 7-8.

zijn oordeel daarop.³³ Dit verband blijkt verhelderend te zijn bij de vergelijking van de twee ethosconcepten.

Volgens Aristoteles schuilt de kracht van ethos in de geloofwaardigheid van de spreker waardoor de toehoorder denkt dat de pleiter de waarheid spreekt. De pleiter bevordert zijn geloofwaardigheid door drie eigenschappen aan de dag te leggen: gezond verstand, goedheid van karakter en goede wil ten opzichte van de toehoorder. Bij deze opvatting van ethos is het verschil met pathos fundamenteel: pathos vergroot de overtuigingskracht van de spreker door een emotie bij de toehoorder te wekken, terwijl ethos de overtuigingskracht van de spreker vergroot door zijn 'gezond verstand, voortreffelijkheid en goede wil' te tonen en zo over te komen dat de toehoorder denkt dat de spreker geloofwaardig is.³⁴

Lijnrecht tegenover de visie van Aristoteles staat die van Quintilianus. Hij ziet ethos als een manier om de toehoorder welwillend te stemmen. Om welwillendheid bij de toehoorder te wekken moet de spreker zich voordoen als zachtmoedig, kalm, vriendelijk en beschaafd. Een toehoorder die sympathie voelt voor de spreker zal ontvankelijker zijn voor de boodschap. Volgens Quintilianus is ethos een vorm van pathos.³⁵

Cicero vat ethos en pathos wel op als twee verschillende overtuigingsmiddelen, maar bij hem gaat ethos om de sympathie van de toehoorder. Om de zaak te kunnen winnen moet de pleiter de sympathie van zijn publiek voor zichzelf en zijn cliënt verwerven. Sympathie kan de spreker winnen door een karakter te fingeren, dat rechtvaardig, integer, gewetensvol, schuchter, verdraagzaam, oprecht en weldenkend is.³⁶ Er zijn kennelijk twee ethosconcepten:

33 Ook pathos en logos kunnen omschreven worden vanuit drie perspectieven: het perspectief van de spreker, van de ontvangers van de boodschap. Pathos beschreven vanuit het sprekersperspectief: de spreker zal zelf de emotie moeten beleven om deze bij de toehoorder op te wekken, vanuit de boodschap: de boodschap wordt zo gebracht dat bij de toehoorder de gekozen emotie wordt gewekt, en vanuit de toehoorder: de toehoorder laat zich emotioneren en zijn oordeel door zijn emoties beïnvloeden. Logos beschreven vanuit het sprekersperspectief: de spreker presenteert argumenten als aanvaardbaar en overtuigend, vanuit het perspectief van de boodschap: de boodschap wordt zo gebracht dat de argumenten goed lijken en de redenering geldig lijkt, en vanuit het toehoorderperspectief: de toehoorder aanvaardt de argumentatie als redelijk en baseert zijn oordeel daarop.

34 Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1378a:7-20.

35 Quintilianus (ong. 95) 2001, VI.2.9.

Onder de eerste soort [pathos, MIJ] vallen dan opgewonden emoties, onder de ander [ethos, MIJ] kalme en beheerste; in het eerste geval is er sprake van heftige gemoedsbewegingen, in het tweede van milde; de eerste heerst, de tweede overreedt; de eerste is het meest geschikt om verwarring te brengen, de tweede om welwillendheid te kweken.

36 Cicero (55 vC) 2004, 2:182-184.

Welnu dus, om een zaak te winnen is het ten eerste van groot belang dat het karakter, de opvattingen, de daden en de leefwijze van de verdedigers en hun cliënten als lofwaardig worden voorgesteld en die van hun tegenstanders als verwerpelijk, en dat bij het publiek zoveel mogelijk sympathie wordt gewekt, zowel voor de redenaar als voor de cliënt. (...) vaak wekt een kalm, eenvoudig en zachtvaardig betoog voor de betrokkenen de meeste sym-

ethos dat tot doel heeft de toehoorder van de betrouwbaarheid van de pleiter te overtuigen (*rationele ethos*) en ethos dat tot doel heeft om een gevoel van sympathie bij de toehoorder te wekken (*emotionele ethos*).

Wisse en Leeman & Braet benadrukken dat Aristoteles ethos opvat als het *rationele ethos*.³⁷ Wisse voert als belangrijkste argument hiervoor aan dat het ethos in de opvatting van Aristoteles geen emotionele respons bij de toehoorder beoogt zoals het *emotionele ethos*, maar dat het *rationele ethos* een overtuiging bij de toehoorder wil laten postvatten dat de pleiter betrouwbaar is. Als dit waar is dan rijst de vraag of ethos wel bij de emotionele overtuigingsmiddelen ingedeeld moet worden.

Dit argument is echter minder sterk dan het lijkt. Zoals we hierboven aan de hand van het communicatiemodel hebben laten zien, hebben de drie onderdelen van het communicatiemodel (spreker, boodschap, toehoorder) ieder een rol bij het gebruik van de overtuigingsmiddelen. Dit is ook het geval bij het opwekken van vertrouwen. De spreker wekt het vertrouwen, de toehoorder moet bereid zijn om vertrouwen te voelen en vanuit dit gevoel te handelen en de boodschap moet het gevoel van vertrouwen overbrengen zodat de toehoorder de overtuiging krijgt dat het vertrouwen gestand zal worden gedaan. Door te benadrukken dat bij het *rationele ethos* alleen de spreker zich een betrouwbaar karakter moet aanmeten en geen respons van de toehoorder beoogt, wordt maar één perspectief ingenomen, namelijk het perspectief van de spreker. Wisse negeert het toehoordersperspectief, negeert dat deze bereid moet zijn om de spreker op zijn woord te vertrouwen en op basis van dit vertrouwen moet handelen. Door vanuit het perspectief van de toehoorder naar het opwekken van vertrouwen te kijken, wordt zichtbaar dat de vraag eigenlijk is of vertrouwen een emotionele respons van de toehoorder vereist of een rationele. Anders gezegd, is vertrouwen een emotie of een opvatting/overtuiging? De relatie tussen emotie, overtuiging en gevoel werk ik verder uit in §3.1, pas daarna kan ik concluderen of voor vertrouwen een emotionele respons nodig is of een overtuiging.

Er is nog een argument dat pleit tegen de stelling van Wisse dat Aristoteles' ethos geen emotionele respons van de toehoorder tot doel heeft. Om betrouwbaar te zijn, moet de spreker, volgens Aristoteles, gezond verstand, een goed karakter en welwillendheid tonen. Voor de omschrijving van het begrip welwillendheid of 'goede wil' verwijst Aristoteles naar de emotie vriendschap.³⁸ Vriendschap omschrijft hij als een gevoel dat van twee kanten komt: 'Een vriend is dan iemand die met een ander bevriend is of van de

pathie (...) Het is dus van doorslaggevend belang dat het karakter van de spreker zelf en dat van zijn cliënt in de redevoering worden voorgesteld als rechtvaardig, integer, gewetensvol, schuchter, en verdraagzaam in geval van onrecht.

37 Wisse 1989, 33-34. Zie ook Leeman & Braet 1987, 68-69.

38 Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1378a:20.

ander houdt, en die op zijn beurt de ander dierbaar is.³⁹ Als de spreker zich op moet stellen als een vriend om het vertrouwen van de toehoorder te winnen, dan is doel dat de toehoorder de vriendschap beantwoordt met gevoelens van vriendschap, anders is er volgens de definitie van Aristoteles geen sprake van vriendschap. Het doel van het zogenaamde *rationele ethos* is dus een karakter uit te drukken dat een 'gevoel' van vriendschap opwekt bij de toehoorder. Het is dus wel degelijk gericht op een emotionele respons van de toehoorder. Op basis van alleen dit argument zou ik al kunnen concluderen dat ethos en pathos twee verschijningsvormen zijn van één overtuigingsmiddel, namelijk het emotionele overtuigingsmiddel dat tot doel heeft het oordeel van de toehoorder te beïnvloeden door een emotionele respons op te wekken.⁴⁰

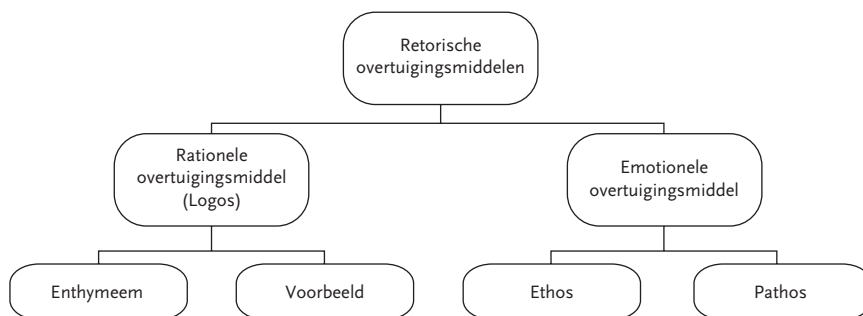
Deze conclusie wordt bevestigd wanneer blijkt dat Wisse zelf het verschil tussen de ethosconcepten relateert, door te concluderen dat Aristoteles op theoretisch niveau een onderscheid maakt dat in de praktijk eigenlijk niet gemaakt kan worden.⁴¹ Het *rationele ethos* eist dat de spreker een goed karakter heeft. Een goed karakter omvat, volgens Aristoteles, rechtvaardigheid, moed, zelfbeheersing, trots, vrijgevigheid, mildheid en wijsheid. Dit rijtje goede eigenschappen lijkt tamelijk veel op dat van Cicero. Het is onmiskenbaar dat iemand die aan al deze eisen voldoet niet alleen betrouwbaar lijkt, maar tegelijkertijd sympathie opwekt. Wisse erkent wel dat het *rationele ethos* (noodzakelijk) leidt tot sympathie, zodat hij moet toegeven dat het verschil tussen het *rationele ethos* en het *emotionele ethos* in de praktijk nauwelijks blijkt te bestaan.

Er blijkt dus noch in theorie noch in praktijk een groot verschil te zijn tussen de twee ethosconcepten. In beide opvattingen wordt ethos eigenlijk gezien als een overtuigingsmiddel waarbij de spreker de boodschap betrouwbaar maakt door zijn eigen karaktertekening (en die van zijn cliënt) te gebruiken en zodoende een gevoel van vertrouwen of van sympathie bij zijn toehoorder te bewerkstelligen. De concepten lijken verschillend omdat zij de ethosconstructie vanuit verschillende perspectieven beschrijven: het *rationele ethos* beschrijft het ethos vanuit de spreker – de spreker moet zich betrouwbaar voordoen – en het *emotionele ethos* beschrijft het vanuit de toehoorder – de toehoorder moet een sympathie voor de spreker opvatten.

39 Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1381a:2.

40 Zie ook Carey 1996, 406.

41 Wisse 1989, 246-247.



Zijn er drie overtuigingsmiddelen? Neen, eigenlijk zijn het er twee of vier. Het ligt eraan hoe je telt. Er zijn twee retorische overtuigingsmiddelen namelijk het rationele en het emotionele. Zowel het rationele als het emotionele overtuigingsmiddel kent twee vormen.

2.4 Zijn de overtuigingsmiddelen gelijkwaardig?

Uit het schema blijkt dat logos niet op hetzelfde niveau staat als ethos en pathos. Zijn ethos, logos en pathos dan wel gelijkwaardig?⁴² Bij hedendaagse schrijvers bestaat hier twijfel over. Deze twijfel wordt door Aristoteles' *Rhetorica* gevoed, want in het begin van dit boek laat hij zich nogal negatief uit over het gebruik van emoties als overtuigingsmiddel. Hij bestempelt het bespelen van de gevoelens van de toehoorder (pathos) tot iets dat buiten het onderwerp, dus buiten de retorica, ligt en dat ontoelaatbaar is.⁴³

Toch blijkt Aristoteles een paar bladzijden na deze passage ethos en pathos net als logos tot de overtuigingsmiddelen te rekenen.⁴⁴ Als reden hiervoor

⁴² Vgl. Garver 1994, 110.

⁴³ Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1354a:24-27.

Het in diskrediet brengen van de tegenstanders en het opwekken van medelijden, boosheid en soortgelijke gevoelens hebben namelijk niets met de zaak te maken maar zijn gericht op de persoon van het jurylid (...) Iedereen vindt ofwel dat de wet zou moeten verbieden bezijden de kwestie te spreken, of richt zich in de praktijk naar zo'n verbod (...) en terecht. Het is immers ontoelaatbaar een jurylid naar je hand te zetten door hem op te stoken tot boosheid, afgunst of medelijden: dit zou erop neerkomen dat je de maatstaf waarmee je wilt meten eerst krom trekt.

⁴⁴ Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1356a:1.

Overtuigingsmiddelen die tot stand worden gebracht door het gesproken woord zijn er in drie soorten: die gelegen in het karakter van de spreker, die gelegen in het in een bepaalde gemoedstoestand brengen van de toehoorder, en die gelegen in de redenering zelf, die erop berusten dat ze iets aantonen of schijnen aan te tonen.

geeft hij dat in de praktijk aan elke besluitvorming een afweging voorafgaat waarbij de persoon van de beslisser, zijn verstand en zijn gevoel meespelen.⁴⁵

Er zijn verschillende verklaringen in omloop voor deze veronderstelde tegenstrijdigheid. Sommige schrijvers verklaren deze en andere inconsistenties in *Retorica* door erop te wijzen dat Aristoteles in verschillende fasen, verspreid over ongeveer dertig jaar,⁴⁶ aan *Retorica* heeft gewerkt en dat hij deze teksten nooit als één boek heeft gepubliceerd.⁴⁷ In deze opvatting zouden de tegenstrijdigheden te danken zijn aan voortschrijdend inzicht. Anderen wijten de contradicties aan het polemische karakter van het eerste hoofdstuk, waarin Aristoteles zich afzet tegen zijn voorgangers en dus ook tegen de wijze waarop zij de emoties van het publiek bespelen.⁴⁸ Een derde verklaring is dat Aristoteles geen probleem heeft met het feit dat de pleiter in een rechtszaak emoties opwekt, maar dat hij de verkeerde emoties, op het verkeerde moment en op de verkeerde manier wekt. In deze opvatting is er geen sprake van inconsistenties in *Retorica*, maar verzet Aristoteles zich alleen tegen het gebruik van retorische technieken die niets met de zaak te maken hebben, maar er enkel op gericht zijn de rechter te behagen of in verwarring te brengen, en verzet hij zich tegen de instelling van rechters, waardoor zij zich niet opstellen zoals beoordelaar betaamt, maar alleen luisteren om hun eigen lust- of lastgevoelens te bevredigen.⁴⁹ Deze laatste verklaring zal in hoofdstuk 6 een

45 Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1377b:21-30.

Maar omdat welsprekendheid haar doel vindt in een oordeel (...) moet een spreker niet alleen erop toezien dat der redenering verhelderend en overtuigend is, maar evenzeer zijn eigen persoon in een bepaald daglicht stellen en de beoordelaar in een bepaalde gemoedstoestand brengen. Het maakt voor het overtuigingsproces heel wat uit, vooral in de politieke welsprekendheid, maar ook in processen, dat de spreker bepaalde eigenschappen aan de dag legt en dat de toehoorders de indruk hebben dat hij jegens hen op een bepaalde manier gestemd is, en als ook zichzelf op een bepaalde manier gestemd zijn (...) Deze [de toehoorder, MIJ] vat de werkelijkheid namelijk anders op naargelang hij bevriend of vijandig gezind is, en naargelang hij kwaad of vreedzaam is ingesteld.

46 In de periode van 360–330 vC.

47 Kennedy 1963, 82-87.

48 Wisse 1989, 17-20.

49 Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1354b:20.

(...) is het duidelijk dat al degenen die bepalingen aanreiken voor andere kwesties, bijvoorbeeld wat de inleiding moet bevatten, of het feitenrelaas, of elk van de overige onderdelen, regels geven voor zaken die niet tot het onderwerp behoren. Zij behandelen hierbij namelijk alleen hoe sprekers degene die uitspraak moet doen in een bepaalde stemming kunnen brengen; op de overtuigingsmiddelen die binnen de overredingskunst vallen werpen zij geen licht.

Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1354b:10.

Bij hen [de jury, MIJ] zijn vaak al sympathie, afkeer en eigenbelang in het spel, met als gevolg dat ze niet meer voldoende in staat zijn de waarheid te zien: privégenoege of ongenoege vertroebelt hun oordeel.

Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1354b:31.

In de gerechtelijke welsprekendheid is dit niet voldoende; daar is het voordelig de toehoorder voor zich in te nemen. De beoordeling geldt hier namelijk andermans belangen, met het

belangrijk argument blijken te zijn bij het antwoord op de vraag of emoties het rechterlijk oordeel mogen beïnvloeden.

Leeman & Braet constateren dat Aristoteles de drie overtuigingsmiddelen niet als gelijkwaardig ziet, maar dat hij logos het belangrijkste vindt.

Hoewel Aristoteles zelf zich daar niet duidelijk over uitlaat, leert een nadere beschouwing dat ethos en pathos meestal slechts hulpmiddelen zijn, die ondergeschikt zijn aan het enige echte overtuigingsmiddel, dat veelal met 'logos' wordt weergegeven (wat Aristoteles zelf niet doet).⁵⁰

Zij geven in hun boek echter niet aan welke passages uit *Retorica* zij bij deze 'nadere beschouwing' hebben betrokken, noch onderbouwen ze de hier geciteerde conclusie met argumenten. Ik waag deze conclusie dan ook te betwifelen.

Aristoteles vraagt in *Retorica* – anders dan voorgangers en tijdgenoten⁵¹ – aandacht voor het belang van de redenering en de argumenten, dus voor logos.⁵² In de rechterlijke procedure is er in Aristoteles' tijd nauwelijks sprake van rechtsstrijd, omdat tijdens de rechterlijke procedure nauwelijks over de interpretatie van het recht wordt gestreden. Enerzijds omdat de pleiter, noch de rechters het recht kennen, anderzijds omdat het rechtssysteem nog niet voldoende is ontwikkeld en er geen institutie is die het recht op een gezaghebbende manier interpreteert. Veelal wordt in die tijd een zaak beslist op grond van het rechtsgevoel van de meerderheid van de leden van het rechterlijk college. Het belangrijkste doel van een pleidooi is dus het welwillend stemmen en het emotioneren van het publiek, zodat de aandacht van de logografen dan ook voornamelijk uit gaat naar stilistische en emotionele middelen. Aristoteles probeert juist in *Retorica* om deze eenzijdige nadruk op het pathetische en stilistische uiterlijk van het pleidooi te verleggen naar de inhoud door aandacht te vragen voor het rationele overtuigingsmiddel. Tegen deze achtergrond is het waarschijnlijker dat Aristoteles het belang van logos benadrukt om aan te tonen dat dit overtuigingsmiddel net zo belangrijk is als ethos en pathos.

Soms lijken uitlatingen van Aristoteles inderdaad aan te geven dat de drie overtuigingsmiddelen niet helemaal gelijkwaardig zijn. Zo wekt het volgende citaat de indruk dat Aristoteles vindt dat emotionele overtuigingsmiddelen niet de vorm van een argument kunnen hebben.

gevolg dat juryleden, die hun eigen belang op het oog hebben en vanuit hun persoonlijke gezindheid luisteren, aan partijen toegeven in plaats van een oordeel te vormen.

Zie ook Garsten 2006, 121-124.

50 Leeman & Braet 1987, 69.

51 Carey 1996, 399-406.

52 Zie ook Huys 2004, 12.

Geef ook geen enthymeem op het ogenblik dat je een gevoel wilt opwekken: dit zal ofwel het gevoel tenietdoen of zelf zijn uitwerking missen (...) Evenmin moet een spreker een enthymeem zoeken waar zijn betoog karakter uitdrukt; een bewijs drukt geen karakter of morele keuze uit.⁵³

Logos zou dan het enige argumentatieve overtuigingsmiddel zijn waaruit hedendaagse auteurs dan weer de conclusie trekken dat ethos en pathos minderwaardig zijn omdat het niet-argumentatieve middelen zijn.⁵⁴ De geciteerde passage staat echter in het hoofdstuk dat is gewijd aan de ordening (*dispositio*) waar Aristoteles de onderdelen van een pleidooi behandelt: de inleiding, het feitenrelaas, het betoog en het slotwoord. Het citaat is ontleend aan de bespreking van het betoog (de argumentatie, de bewijsvoering). Even hiervoor heeft hij gezegd dat een pleiter niet alles hoeft te bewijzen en dat hij argumenten niet aaneen moet rijgen omdat ze elkaar dan ontkrachten.⁵⁵ Dan volgt dit citaat. Juist om een aaneenschakeling van reeksen argumenten te voorkomen kun je, volgens Aristoteles, beter geen enthymeem gebruiken om pathos of ethos gestalte te geven. Hij dicht ethos en pathos in het betoog een belangrijke rol toe, maar dit moet dan ongemerkt gebeuren en juist niet in de vorm van een argument. Vooral de onderbouwing met de feiten biedt mogelijkheden om het emotionele overtuigingsmiddel te gebruiken.⁵⁶

Dit citaat zegt mijns inziens niets over de verhouding tussen overtuigingsmiddelen, maar het is een advies van Aristoteles om wanneer de pleiter in de argumentatie ethos of pathos wil gebruiken, hij dit beter niet in de vorm van een argument kan doen. De conclusie dat ethos en pathos dus geen argumenten zijn en de conclusie dat ze daarom minderwaardige overtuigingsmiddelen zijn, trekt Aristoteles helemaal niet.

Het is zelfs zo dat uit *Retorica* blijkt dat de emotionele overtuigingsmiddelen wel degelijk een argumentatieve vorm kunnen hebben.⁵⁷ Dit blijkt onder meer als Aristoteles de beschrijving van specifieke emoties afsluit met een instructie aan de pleiter waarin hij aangeeft hoe de pleiter deze emotie

53 Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1418a:12-16.

54 Deze opvatting wordt bijvoorbeeld aangehangen in Eemeren e.a. 1991, 114-116. Van Eemeren beschouwt ethos en pathos als drogredenen, die hij definieert als een schending van de regels van een redelijke discussie. Regel 4 luidt: Een standpunt mag men alleen verdedigen door argumentatie naar voren te brengen die op dit standpunt betrekking heeft. Regel 4 wordt overtreden als men probeert om 'bijval van het publiek' te winnen door ethos of pathos.

55 Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1418a:5-11.

Enthymemen moet je niet achter elkaar zetten maar vermengen met andere bestanddelen, anders doen ze afbreuk aan elkaar (...) Een spreker moet ook niet voor alles een enthymeem zoeken, dan doet hij precies wat filosofen doen die voor iets dat iedereen weet en waar niemand aan twijfelt argumenten leveren waarvoor bepaald niet hetzelfde geldt.

56 Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1417a:15-1417b:20.

57 Zie ook Braet 1988, 16-22; Wisse 1989, 21-29.

kan gebruiken. Hij sluit de analyse van haat bijvoorbeeld af met de volgende conclusie:

Hieruit blijkt dat het mogelijk is aan te tonen dat mensen werkelijk vijand of vriend zijn; als ze dit niet zijn, hen toch als vijand of vriend voor te stellen; en als ze beweren het te zijn, dit te weerleggen.⁵⁸

‘Aan te tonen’, ‘voor te stellen’ en ‘weerleggen’ zijn werkwoorden die wijzen op een argumentatieve activiteit. Even later schrijft hij dat de verontwaardiging die bij de toehoorder gewekt is, weerlegd kan worden.

Als dus een toespraak hen die een oordeel moeten vellen in zo’n toestand brengt, en aantoonst dat zij die aanspraak maken op medelijden dit niet verdienen omdat de gronden die zij aanvoeren niet steekhoudend zijn, en dat ze in werkelijkheid het tegendeel verdienen – dan is het onmogelijk dat de rechters medelijden zullen hebben.⁵⁹

De pleiter kan dus aantonen dat emoties onterecht zijn.

Er is al bij al weinig reden om aan te nemen dat Aristoteles logos belangrijker vindt dan ethos en pathos. Steeds weer benadrukt hij dat ze gelijkwaardig zijn en dat ze door het hele betoog gebruikt moeten worden. Hij erkent dat emoties een belangrijke rol spelen bij het oordelen en dat ze daarom van belang zijn als de pleiter zijn toehoorder wil overtuigen. De kritiek van Aristoteles in *Rhetorica* op het gebruik van emoties in een pleidooi richt zich tegen een bepaald gebruik van emoties.

De verhouding tussen de overtuigingsmiddelen is nu duidelijk, maar er zijn weer nieuwe vragen gerezen. Uit de omschrijving die Aristoteles geeft van de verschillende emoties blijkt dat een emotionele beleving een reden moet hebben, dat emoties aangetoond en weerlegd kunnen worden, en dat emotionele overtuigingsmiddelen een argumentatief karakter kunnen hebben. Wat is dan de relatie tussen denken en emotie? Wat verstaat Aristoteles eigenlijk onder een emotie?

58 Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1382a:15-20.

59 Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1387b:16-20.

3. De overtuigingskracht van emoties

3.1 *Aristoteles' analyse van emoties*

Aristoteles definieert emoties als volgt:

Gevoelens [emoties, MII]⁶⁰ zijn aandoeningen waardoor mensen een ommekeer doormaken en daardoor tot verschillende oordelen komen, en die gepaard gaan met pijn of genot. Voorbeelden zijn boosheid, medelijden, angst en al dergelijke en hun tegengelden.⁶¹

Het gaat Aristoteles om de emoties die in staat zijn om iemands oordeel te beïnvloeden.⁶² Hij analyseert dertien emoties die hij daartoe in staat acht. Van elke emotie geeft hij een definitie en vervolgens beantwoordt hij steeds drie vragen: Wie beleeft de emotie(subject)? Op wie/wat richt zich de emotie(object)? Waardoor ontstaat de emotie (oorzaak)?⁶³ Zo analyseert hij bijvoorbeeld medelijden. Hij begint met de definitie van medelijden:

Laten we stellen dat medelijden een gevoel is van pijn bij het zien van onheil dat verwoesting of leed veroorzaakt, dat iemand treft die dit niet verdient, en waarvan je kunt verwachten dat ook jij zelf of een van je dierbaren er het slachtoffer van wordt, en dit alles wanneer het onheil zich in je nabijheid voordoet.⁶⁴

Vervolgens beschrijft hij wie geneigd zijn medelijden te voelen:

Het is immers duidelijk dat je noodzakelijkerwijs alleen dan medelijden zult kunnen voelen als je in een toestand bent waarin je kunt vermoeden dat jij zelf

60 In de Griekse tekst wordt hier het woord 'pathos' (πάθος) gebruikt. De begrippen ethos en pathos zijn dubbelzinnig omdat ze zowel gebruikt worden in de letterlijke betekenis van de Griekse woorden ἦθος: 'karakter' en πάθος: 'emotie', als in de retorische betekenis van de twee verschijningsvormen die het emotionele overtuigingsmiddel kan hebben. De vertaler (Huys) heeft hier gekozen voor de vertaling van pathos in 'gevoelens'; mijn voorkeur gaat uit naar de vertaling van pathos in 'emoties'.

61 Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1378a:20-23. De vertaling van Fortenbaugh is iets helderder: 'The emotions are all those (feelings) on account of which men so change as to differ in judgement, and which are accompanied by pain and pleasure', Fortenbaugh 2002, 103.

62 Zie ook Fortenbaugh 2002, 104.

63 Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1378a:23-30.

De analyse van elk van deze gevoelens vraagt om een driedeling, bijvoorbeeld in het geval van boosheid: hoe zijn boze mensen gestemd, op wat voor personen zijn mensen gewoonlijk boos, en om wat voor redenen? Als we maar één of twee van deze drie elementen beheersen zal het niet lukken boosheid op te wekken, en zo ook met andere gevoelens. Laten we dus (...) met betrekking tot deze materie net zo te werk gaan en haar op de zojuist beschreven manier analyseren.

64 Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1385b:12-16.

of een van je vrienden het slachtoffer kan worden van een onheil, en wel zo een als omschreven in de definitie, of bij benadering hieraan gelijk. Dit verklaart waarom mensen die geheel aan de grond zitten niet meer tot medelijden in staat zijn: zij gaan er immers van uit dat hun niets meer kan gebeuren – ze hebben alles al meegemaakt. Hetzelfde geldt voor wie zichzelf met onverdeeld succes gezegend waant: dit leidt tot overmoed. Als hun immers, zoals ze zelf denken, alle goeds ter wereld gegeven is, dan ook onkwetsbaarheid voor enig onheil, want ook dit is een goed.⁶⁵

Daarna sluit hij af met een instructie voor de pleiters; hoe deze medelijden bij de toehoorders op moeten wekken:

Gegeven dat leed medelijden wekt wanneer het zich dichtbij vertoont, terwijl we van wat honderd jaar eerder is gebeurd of later zal gebeuren geen verwachting of herinnering hebben en er dus niet in dezelfde mate of zelfs in het geheel geen medelijden om voelen, moeten sprekers die hun woorden kracht bijzetten met gebaren, stembuigingen en ander vertoon, en in het algemeen door hun pakkende voordracht, er wel beter in slagen medelijden op te wekken: ze roepen het onheil op voor onze ogen en doen het zo voorkomen alsof het vlakbij is, als elk ogenblik te verwachten of als een voldongen feit. En wat pas gebeurd is of dadelijk gebeuren gaat wekt sterker medelijden op. Hierom is het dat aanwijzingen, bijvoorbeeld kledingstukken van een slachtoffer en dergelijke, medelijden opwekken, en de woorden en wat dan ook van wie op dit ogenblik lijdt, bijvoorbeeld wie een doodsstrijd voert. Dit alles versterkt het medelijden doordat het een indruk vestigt van nabijheid. En wat het meeste medelijden wekt is wanneer het rechtschapen mensen zijn die zich in zo'n crisis bevinden, zowel omdat hun leed onverdiend is als omdat het voor onze ogen aanschouwelijk wordt gemaakt.⁶⁶

Van alle dertien emoties geeft Aristoteles een vergelijkbare analyse. Soms instrueert hij de pleiter wat te doen om deze emotie bij zijn toehoorders op te wekken, maar deze instructies blijven tamelijk abstract.

3.1.1 *Bestanddelen van emoties*

Uit de manier waarop Aristoteles de verschillende emoties definieert, blijkt – meer dan uit de algemene definitie – dat een emotionele beleving ontstaat door een bepaalde overtuiging. Iemand krijgt medelijden wanneer hij iemand ziet lijden die het niet verdient en hij weet dat hetzelfde leed zijn dierbaren kan treffen. Volgens Aristoteles is er kennelijk sprake van een emotionele

65 Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1385b:16-24.

66 Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1386a:30-1386b:8.

beleving als het subject een opvatting (een overtuiging) heeft over (de omstandigheden van) het object. De geëmotioneerde moet een gebeurtenis of een persoon dus beoordelen. Wanneer dat oordeel (ofwel die overtuiging, opvatting) leidt tot een gevoel van pijn of genot waardoor de geëmotioneerde geneigd is tot een specifiek gedrag, is er sprake van een emotie. Ik citeer nog een voorbeeld. De definitie van boosheid:

Laten we stellen dat boosheid een met pijn gepaard gaande drang is tot openlijke wraakneming wegens een blijk van geringschatting van de persoon zelf of van een van de zijnen, door mensen wie het niet past hen gering te schatten.⁶⁷

Iemand wordt boos omdat hij ‘denkt’ (inschat, oordeelt) dat een ander hem minacht. Aristoteles spreekt steeds van een waarderende overtuiging, van een waarderende gedachte als oorzaak van de emotionele beleving. Wanneer iemand het gedrag van een ander opvat als geringschattend, dan hecht hij een zekere waarde aan dit gedrag. Wanneer hij daarnaast oordeelt dat dit mensen zijn ‘die het niet past hem gering te schatten’ waardeert hij tegelijkertijd degenen die hem geringschatten. Medelijden ontstaat ‘bij het zien van onheil ... dat iemand treft die dit niet verdient en waarvan je kunt verwachten dat ook jij zelf of een van je dierbaren er het slachtoffer van wordt’⁶⁸; verontwaardiging is ‘pijn om onverdiend succes’⁶⁹; angst vloeit voort uit ‘de voorstelling van een naderend onheil dat verwoesting of leed veroorzaakt’.⁷⁰ Steeds gaat het om een waardering van de situatie in relatie tot het eigen belang.⁷¹

Naast de waarderende overtuiging heeft de emotionele beleving volgens de definitie van Aristoteles nog twee bestanddelen, namelijk gevoel: ‘pijn en genot’, en gedrag: ‘een ommekeer doormaken’.

Pijn en genot: Aristoteles beschrijft de emotie meestal vanuit het perspectief van de geëmotioneerde, als ‘aandoeningen (...) die gepaard gaan met pijn of genot’. Boosheid, angst, schaamte, medelijden, verontwaardiging, afgunst en wedijver definieert hij als een ‘gevoel van pijn’, zelfvertrouwen als een ‘gevoel van hoop’. Soms beschrijft hij de emotie vanuit de geëmotioneerde, maar situeert hij de pijn bij het object. Goedgunstigheid beschrijft hij bijvoorbeeld als een dienst, aan iemand (het object) die een behoefte of verlangen heeft en die pijn lijdt als de behoefte niet wordt bevredigd.⁷² Bij

67 Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1378a:31-34.

68 Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1385b:14-16.

69 Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1386b:10.

70 Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1382a:21.

71 Aldus ook Nussbaum 2001, 28-33.

72 Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1385a:17-25.

Laten we stellen dat de gunst op grond waarvan de persoon die haar bewijst goedgunstig wordt genoemd, een dienst is, bewezen aan iemand die er behoefte aan heeft, niet in ruil voor iets anders of opdat degene die haar bewijst zelf iets eraan heeft maar alleen opdat de

de beschrijving van vriendelijkheid ontbreekt de referentie aan pijn of genot helemaal.⁷³ En bij de beschrijving van haat wijst hij zelfs expliciet op het ontbreken van pijngevoelens.⁷⁴ Deze verschillen in de beschrijving van de specifieke emoties en de formulering in de algemene definitie (een aandoening die *gepaard gaat* met pijn of genot) kunnen betekenen dat ‘pijn en genot’, volgens Aristoteles, geen noodzakelijk bestanddeel zijn van een emotie, maar een bijkomend verschijnsel.

Fortenbaugh vergelijkt Aristoteles’ definitie van emoties uit de *Retorica* met die uit de *Ethica Eudemia*.

(...) emotions are such things as rage, fear, shame, appetite and generally things that are in themselves accompanied for the most part by sensory pleasure and pain.⁷⁵

Uit deze vergelijking blijkt dat ‘in themselves’ en ‘for the most part’ en ‘sensory’ ontbreken in de definitie van emoties in de *Retorica* en kunnen worden gebruikt om twee vragen te beantwoorden die bij de definitie in de *Retorica* rijzen: is pijn of genot een noodzakelijk bestanddeel van emoties en op wat voor gevoelens doelt Aristoteles? Fortenbaugh concludeert dat *gevoel een essentieel bestanddeel is*, want hij beschrijft emoties als ‘things’ die naar hun aard vergezeld worden van deze gevoelens, maar het is geen noodzakelijk bestanddeel want doet zich meestal maar niet altijd voor.⁷⁶ De tweede conclusie die Fortenbaugh trekt is dat het in Aristoteles’ definitie van emoties gaat om *lichamelijke gevoelens*. In het begin van zijn beschouwingen over de procesrede bespreekt Aristoteles de betekenis van pijn en genot, wanneer hij de motieven van mensen voor het begaan van onrecht analyseert.

Laten we vooronderstellen dat genot de beweging van de ziel is bij een levend wezen dat in zijn geheel bereikt wat zijn natuur is en dit voelt, en dat pijn hiervan het tegendeel is.⁷⁷

ander iets eraan heeft. (...) Zulke behoeften zijn verlangens, en hieronder in de eerste plaats die welke gepaard gaan met pijn wanneer ze niet worden bevredigd.

73 Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1381a:1-1381b:35.

Laten we zeggen dat bevriend zijn met of houden van betekent dat je iemand toewenst wat je goed acht, omwille van hem, niet van jezelf, en dat je voor zover het in je vermogen ligt, probeert in je handen dit goede te realiseren.

74 Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1382a:13-14.

Ook gaat boosheid zelf met pijn gepaard en haat niet: wie boos is voelt pijn, wie haat niet.

75 Zoals geciteerd door Fortenbaugh 2002, 109.

76 Fortenbaugh 2002, 109-110.

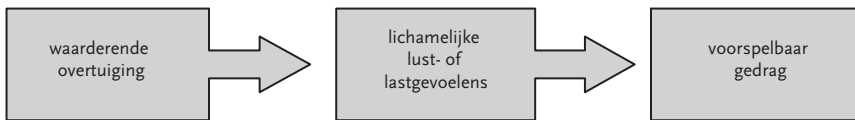
77 Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1369b:34-35.

Pijn en genot zijn ‘bewegingen van de ziel’ die worden gevoeld. Hij vervolgt ‘Genot is gelegen in de gewaarwording van hoe iets ons aandoet.’⁷⁸

Maar wat bedoelt hij met ‘voelt’ en ‘gewaarwording’? Bedoelt hij lichamelijk gevoel en zintuiglijke gewaarwording of is het een andere manier van bewust worden? Aangezien Aristoteles in de definitie in *Ethica Eudemia* het woord ‘sensory’ gebruikt, wordt duidelijk dat Aristoteles ‘pain and pleasure’ beschouwt als zintuiglijk gewaarwordingen ofwel lichamelijke gevoelens.⁷⁹ Dit noem ik verder ‘lust- of lastgevoelens’.

Gedrag: In de definitie in *Retorica* omschrijft Aristoteles emoties als ‘aandoeningen waardoor mensen een ommekeer doormaken en daardoor tot verschillende oordelen komen’. Hij legt in deze definitie de nadruk op het handelingskarakter van emoties. Ook gedrag is een essentieel onderdeel. Het gaat Aristoteles in *Retorica* immers om emoties die overtuigingskracht hebben en mensen tot oordelen aanzetten. Het gedrag blijkt voorspelbaar te zijn, want het is erop gericht om de gevoelens van pijn te verminderen en de gevoelens van genot te bestendigen.

Een emotionele beleving bestaat dus volgens Aristoteles uit het volgende complex:



3.1.2 Verband tussen de bestanddelen

Wat betekenen de pijlen in het schema? Wat is het verband tussen de waarderende overtuiging en lust- en lastgevoelens? Uit het citaat uit de *Ethica Eudemia* dat ik in de vorige paragraaf citeerde trekt Fortenbaugh de conclusie dat gevoelens essentiële bestanddelen van emoties zijn. Met ‘in themselves’ geeft Aristoteles immers aan dat ‘sensory pleasure and pain’ essentiële bestanddelen van emoties zijn. Na een verdere tekstanalyse concludeert Fortenbaugh dat Aristoteles een oorzakelijk verband legt tussen de overtuiging en de lust- en lastgevoelens.⁸⁰ Ook uit de omschrijving van de specifieke gevoelens blijkt dat Aristoteles steeds een causaal verband legt tussen de overtuiging en het gevoel. Zo omschrijft hij angst als een pijn die ‘voortkomt uit de dreiging van toekomstig onheil’.⁸¹ De pijn is kennelijk iets anders dan de overtuiging, want de pijn komt voort uit de overtuiging dat er onheil dreigt. Dus lust- en lastgevoelens zijn lichamelijke gevoelens die ontstaan door een waarderende

78 Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1370a:28-35.

79 Fortenbaugh 2002, 111-112.

80 Fortenbaugh 2002, 106-115.

81 Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1382a: 21-22.

overtuiging. De door de overtuiging veroorzaakte lust- en lastgevoelens brengen gedrag teweeg. Dit blijkt uit de algemene definitie van emoties: het zijn 'aandoeningen [die gepaard gaan met pijn of genot] *waardoor* mensen een ommekeer doormaken'. Bovendien blijkt het uit de definities van de specifieke emoties. Het gedrag dat iemand vertoont die boos is, is de 'met pijn gepaard gaande drang tot wraakneming' die ontstaat 'wegens een blijk van geringschatting'.⁸² Het gedrag wordt kennelijk veroorzaakt door de neiging om tegemoet te komen aan de 'met pijn gepaard gaande drang', dus door de neiging om de pijn weg te nemen. Bij elk van de dertien emoties geeft Aristoteles aan tot wat voor gedrag de emotie leidt: boosheid leidt tot wraak; mildheid tot rust; angst leidt tot strijdlust om te redden wat er te redden valt, schaamte tot de neiging de schande te ontlopen.

Uiteindelijk blijkt dus dat alle pijlen in het bovenstaande schema causale verbanden aangeven. Aristoteles beschouwt een waarderende overtuiging als een noodzakelijk bestanddeel van de emotie. Uit deze overtuiging vloeit een gevoel voort dat tot bepaald gedrag leidt. De emotie leidt niet tot redeloos gedrag, maar tot specifiek, voorspelbaar gedrag. Blijkbaar vat Aristoteles een emotie op als een mentale toestand die ontstaat door de waardering dat het belang van de geëmotioneerde bij een situatie of een persoon betrokken is, waardoor gevoelens van last of lust ontstaan waardoor de geëmotioneerde tot een ander oordeel komt. Uit deze analyse van emoties blijkt een onontkoombaar verband tussen denken en voelen, tussen rationele en emotionele overtuigingsmiddelen.⁸³ Door een waarderende overtuiging te beschouwen als een noodzakelijk bestanddeel van een emotionele beleving, kan een emotionele respons niet irrationeel zijn. Emotionaliteit en rationaliteit staan niet tegenover elkaar, maar zijn met elkaar verstrengeld.

Deze conclusie heeft consequenties voor wat in de vorige paragrafen is besproken. In §2.3 heb ik het antwoord op de vraag of vertrouwen wordt gewekt door de overtuiging of door het gevoel dat de pleiter te vertrouwen is, opgeschort tot ik meer wist over de verhouding tussen emotie, overtuiging en gevoel. Deze verhouding is inmiddels duidelijker geworden. Een emotie is, volgens Aristoteles, een waarderende overtuiging, waardoor een gevoel ontstaat dat een handeling veroorzaakt. Een emotionele respons (vertrouwen) ontstaat dus niet door *óf* een gevoel *óf* een overtuiging, maar door een overtuiging *én* een gevoel. Dit is een extra argument voor de conclusie die ik in §2.3 al op basis van andere argumenten heb getrokken, namelijk

82 Aristoteles' causaliteitstheorie maakt onderscheid tussen de materiële oorzaak: de stof waarvan een voorwerp gemaakt is; de werkoorzaak dit is wat we tegenwoordig onder oorzaak verstaan, de formele oorzaak het beeld dat de maker voor ogen had en de doelloorzaak de functie van het voorwerp. De overtuiging is de werkoorzaak van de emotionele beleving; de werkoorzaak van woede is de overtuiging persoonlijk beledigd te zijn.

83 Aldus ook Garver 1994, 107-109; Fortenbaugh 2002, 17.

dat er geen sprake is twee verschillende emotionele overtuigingsmiddelen, maar dat ethos en pathos twee verschijningsvormen zijn van het emotionele overtuigingsmiddel, omdat bij beide een emotie bij de toehoorder gewekt moet worden.

Om dezelfde reden – een emotie omvat zowel een waarderende overtuiging als een gevoel – kunnen emotionele overtuigingsmiddelen een argumentatief karakter hebben (zie §2.4). Om deze reden is de conclusie van Leeman & Braet (die ik besproken heb in dezelfde paragraaf) niet houdbaar. Het rationele overtuigingsmiddel is niet belangrijker of minder belangrijk dan het emotionele, maar ze zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden. Dit is de theoretische achtergrond van de gelijkwaardigheid van de overtuigingsmiddelen en van het advies om de overtuigingsmiddelen door de hele redevoering te gebruiken.

3.2 *Cicero's analyse van emoties*

Ondanks het feit dat de conceptuele analyse van emoties bij Cicero minder systematisch en diepgaand is dan bij Aristoteles, blijkt ook bij zijn beschrijving van specifieke emoties dat emoties een rationeel bestanddeel hebben. Cicero behandelt 'de belangrijkste emoties die bij de juryleden of andere toehoorders moeten worden opgewekt, te weten vurige sympathie en haat, woede, afgunst en medelijden, hoop en vrees, vreugde en verdriet'.⁸⁴ Twee voorbeelden: Cicero's omschrijving van haat en afgunst:

Immers, we kweken haat door een daad die verderfelijk of nutteloos is voor ons gehoor breed uit te meten; en doen we dat met een daad die gericht was tegen deugdzame mensen of tegen mensen die dat allerminst verdienden of tegen de staatsgemeenschap, dan wordt, zo niet bittere haat, dan toch in elk geval een vijandige stemming opgeroepen die niet veel van nijd of haat verschilt (...) Maar verreweg de heftigste van alle emoties is toch wel de afgunst (...). Afgunst wordt vooral gevoeld tegenover gelijken of minderen, wanneer mensen met ergernis constateren dat die anderen hoog zijn opgeklommen en dat zijzelf bij hen zijn achtergebleven (...) Moet deze afgunst worden aangewakkerd, dan moet bij voorkeur benadrukt worden dat die voorrechten niet door eigen verdiensten verworven zijn (...)⁸⁵

Uit de omschrijvingen van deze twee emoties blijkt dat Cicero een andere invalshoek heeft dan Aristoteles. Cicero concentreert zich op de manier waarop de emoties opgeroepen kunnen worden. Het perspectief is dat van de

84 Cicero (55 vC) 2004, 2:206.

85 Cicero (55 vC) 2004, 2:208-209.

pleiter. De pleiter moet zijn publiek tot een bepaalde opvatting overhalen om een emotie te wekken: de opvatting dat ‘een daad ... verderfelijk of nutteloos is’ of dat ‘die anderen hoog zijn geklommen ... niet door hun eigen verdiensten’.

Cicero zelf noemt de bestanddelen van een emotie niet op. Hij geeft enkel een omschrijving van negen emoties waarmee de oordeelsvorming van de rechter kan worden beïnvloed. Met wat moeite kunnen we uit deze omschrijvingen destilleren dat ook bij Cicero een emotie naast een rationeel bestanddeel een gevoel omvat ‘angst om de eigen persoon beroert ons dieper’ en ‘afgunst wordt vooral gevoeld’.⁸⁶

Wat wel duidelijk blijkt, is dat Cicero de waardering van een situatie ziet als oorzaak van de emotie. Haat ontstaat doordat de overtuiging heeft postgevat dat de daad verderfelijk is en zich richt tegen deugdzame mensen; vurige sympathie ontstaat doordat ‘we lijken te verdedigen wat nuttig is voor onze toehoorder’, en afgunst ontstaat doordat ‘mensen met ergernis constateren dat die anderen hoog zijn opgeklimmen en dat zijzelf bij hen zijn achtergebleven’.⁸⁷ Ook Cicero legt kennelijk een causaal verband tussen een waardering van een bepaalde situatie voor het eigenbelang en de emotie.

Zowel Aristoteles als Cicero stuiten dus bij de analyse van het emotionele overtuigingsmiddel op een rationeel element. Vooral uit de beschrijving van specifieke emoties blijkt dat het subject van de emotie een rationele activiteit moet verrichten: hij moet een situatie waarderen ofwel beoordelen om een emotie te beleven.

3.3 *Redenen voor de overtuigingskracht*

3.3.1 *Aristoteles’ verklaring voor de overtuigingskracht van emoties*

Uit de omschrijvingen van Aristoteles en Cicero kan het volgende mechanisme worden afgeleid. De pleiter bepaalt welke emotie in dit specifieke geval deze specifieke toehoorders tot een ander oordeel zou kunnen brengen. Om deze emotie te bewerkstelligen, wekt hij een overtuiging bij de toehoorder op: er dreigt een gevaar of, deze persoon is onterecht gestegen op de maatschappelijke ladder of, deze daad is verderfelijk en richtte zich tegen deugdzame mensen. Door deze waarderende overtuiging ontstaat dan een gevoel van pijn of genot, waardoor de toehoorders ‘een ommekeer doormaken en daardoor tot verschillende oordelen komen’.

Hoe kunnen gevoelens een ommekeer veroorzaken en daardoor het oordeel van de toehoorder veranderen? Aristoteles stipt verschillende mogelijkheden aan.

86 Cicero (55 vC) 2004, 2:209.

87 Cicero (55 vC) 2004, 2:206-210.

(...) voor de rechtbank is het nuttiger dat de toehoorder op een bepaalde manier gestemd is. Deze vat de werkelijkheid namelijk anders op naargelang hij bevriend of vijandig gezind is, en naargelang hij kwaad of vreedzaam is ingesteld, zij het geheel en al anders of alleen gradueel verschillend. Wie de persoon over wie hij een oordeel velt vriendschappelijk gezind is vindt dat hij geen, of maar een gering vergrijp heeft gepleegd, wie hem vijandig is gezind juist het tegendeel; wie verlangend naar iets uitziert en hoopvol is gestemd denkt dat het aantrekkelijke toekomstperspectief verwezenlijkt zal worden en geslaagd zal zijn, voor wie het niets kan schelen en wie pessimistisch is geldt het tegendeel.⁸⁸

Deze omschrijving impliceert dat de toehoorder een bepaald oordeel over een zaak heeft, maar door zijn vriendelijkheid of vijandigheid te wekken van mening verandert en anders oordeelt. Door gevoelens van vriendschap of vijandschap te wekken jegens de pleiter of zijn cliënt is de toehoorder geneigd zijn oordeel aan te passen om aan zijn gevoel tegemoet te komen. Hier ligt de manipulatie van de toehoorder die Aristoteles afwijst erg dichtbij. Dit citaat krijgt echter een andere lading als je het in verband brengt met de omschrijvingen van specifieke emoties. Dan blijkt dat er steeds een specifieke waarderende overtuiging nodig is om een bepaalde emotie te krijgen: schaamte is een gevoel van pijn ontstaan door alle kwaden waarvan men 'ziet dat ze voor hem zelf of zijn dierbaren een schande zijn'; angst is een gevoel van pijn door 'de voorstelling van naderend onheil dat groot leed of verderf inhoudt'. Een bepaalde emotie leidt kennelijk tot een bepaald oordeel; verandert de emotie dan verandert het oordeel.⁸⁹ De ommekeer ontstaat dan omdat een emotie een specifieke overtuiging bevat, zodat verandering van emotie automatisch tot gevolg heeft dat het oordeel mee verandert.

Er is nog een verklaring uit de tekst van Aristoteles af te leiden voor de 'ommekeer' van de toehoorders die 'daardoor tot verschillende oordelen komen'. Uit de beschrijvingen van de specifieke emoties blijkt dat emoties tot gevoelens van pijn of genot leiden. Deze gevoelens leiden tot doelmatig gedrag, namelijk gedrag dat erop gericht is het gevoel van pijn te verzachten of het gevoel van genot te laten voortduren.⁹⁰ Zo is het doel van woede wraak, het doel van angst is veiligheid, en het doel van wedijver is erkenning.⁹¹ Een emotionele beleving leidt tot bij de emotie horend gedrag, dat erop gericht is de lichamelijke gevoelens weg te nemen of te laten voortduren.

Nu kunnen we eindelijk begrijpen waarom Aristoteles stelt dat emoties overtuigingskracht hebben. Een pleiter gebruikt het emotionele

88 Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1377b:30-1378a:8.

89 Zie ook Leighton 1996, 206-217. Leighton ontleent nog andere verklaringen voor de 'ommekeer' aan de tekst van Rhetorica.

90 Zie ook Fortenbaugh 2002, 12-15.

91 Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1378a: 31, 1383a: 5-20, 1388a: 30-35.

overtuigingsmiddel om een specifieke emotie bij de toehoorders op te wekken, zodat ze tot een ander oordeel komen. Het oordeel verandert omdat een bepaalde overtuiging bij een emotie hoort; of omdat de toehoorder de pijn die door de emotie wordt veroorzaakt wil verlichten of genot dat door de emotie ontstaat, wil laten voortduren. De overtuigingskracht van emoties bestaat dus dankzij het causale verband tussen de overtuiging, het gevoel en het daarbij passende, doelgerichte gedrag. Zo blijkt dat emoties de overtuigingskracht van het pleidooi vergroten, omdat ze de pleiter een nauwkeurig stuurmiddel in handen geven. De pleiter weet welke verandering in overtuiging of in gedrag (in oordeel) hij wil bereiken bij zijn toehoorders, dus kiest hij een emotie die deze verandering teweegbrengt.

3.3.2 *Cicero's verklaring voor de overtuigingskracht van emoties*

Cicero's opvatting komt overeen met die van Aristoteles wat betreft de overtuiging als noodzakelijk bestanddeel van de emotie. Bij Cicero leidt de emotie echter niet tot doelmatig handelen. Cicero noemt eigenlijk maar één effect van emoties op het oordeel. Op twee plaatsen noemt hij dit effect expliciet:

Niets Catulus, is immers bij het spreken van meer belang dan dat de redenaar de toehoorder gunstig voor zich stemt en dat die toehoorder zelf zo beïnvloed wordt dat hij meer door opwellingen en emoties wordt beheerst dan door een weloverwogen oordeel. Want mensen nemen veel vaker een beslissing op grond van haat of liefde, voorkeur of antipathie, verdriet of vreugde, hoop of vrees, illusies of andere emoties dan op basis van de ware toedracht of van vaste regels- rechtsnormen, procesformules, wetten.⁹²

Een argument vindt steun in de logische fundering zelf, waarmee het vanaf de eerste lancering onlosmakelijk verbonden is; maar dat andere type betoog vereist geen inzicht van de rechter maar veeleer zijn innerlijke verwarring, en die is niet te realiseren zonder een gevarieerde woordenvloed en een dienovereenkomstige meeslepende voordracht! Daarom kunnen mensen met een bondig en sober taalgebruik de rechter wel informeren, maar niet emotioneren – en van dit laatste hangt nu juist alles af.⁹³

Bij Cicero is het doel van de emotionele overtuigingsmiddelen dus niet het teweeg brengen van specifiek doelmatig gedrag, maar het scheppen van verwarring bij de toehoorder. In het eerste citaat stelt hij emoties tegenover een weloverwogen oordeel, in het tweede citaat stelt hij de rationaliteit en het inzicht van de rechter tegenover de innerlijke verwarring waar de emotio-

92 Cicero (55 vC) 2004, 2: 178-179.

93 Cicero (55 vC) 2004, 2: 214.

naliteit toe leidt. Blijkbaar bestaat de overtuigingskracht van emoties, volgens Cicero, in het uitschakelen van het vermogen om weloverwogen te oordelen.

3.3.3 *Drie redenen voor de overtuigingskracht van emoties*

In de klassieke literatuur zijn drie redenen te vinden voor de overtuigende kracht van de toehoorderemoties bij een juridisch betoog. De eerste reden is dat er een verband bestaat tussen de emotie van de toehoorder en zijn oordeel. Dit verband werken zij nauwelijks uit, maar presenteren zij als een onomstotelijk feit: bij de oordeelsvorming spelen de emoties die de oordelaar beleeft een belangrijke rol. De tweede reden die alleen Aristoteles aanvoert, is het verband tussen verschillende bestanddelen van een emotionele beleving. Een emotionele beleving bestaat uit verschillende bestanddelen: een waarderende overtuiging – dit object is voor mij van belang, van waarde – een gevoel en gedrag. De overtuigingskracht van emoties berust op het causale verband tussen de verschillende bestanddelen van een emotionele beleving. De derde reden voor het belang van de emoties als overtuigingsmiddel is de verwarring van de geëmotioneerde toehoorder. Vooral de Cicero wijst op de macht die de pleiter krijgt als hij de toehoorder in verwarring kan brengen door hem een emotie te laten beleven.

4. **Conclusie: emotionele overtuigingskracht heeft een dubbel gezicht**

4.1 *Relevantie van het emotionele overtuigingsmiddel voor de huidige praktijk*

Uit dit hoofdstuk kunnen al twee argumenten gedestilleerd worden waarom het emotionele overtuigingsmiddel relevant is voor de moderne rechtspraak. Ten eerste omdat er nog steeds juristen zijn die denken dan emoties zo veel mogelijk geweerd moeten worden bij het proces van rechterlijke oordeelsvorming en dat dit mogelijk is door een openlijk beroep op emoties (pathos) zo veel mogelijk uit te bannen. Zij realiseren zich kennelijk niet dat de karaktertekening van de betrokkenen (ethos) ook een emotioneel overtuigingsmiddel is.

Dat het karakter van de betrokkenen bij een juridisch conflict voor het recht van belang is, kan niemand ontkennen. Zo beïnvloedt in het strafproces de karaktertekening van de verdachte de strafmaat; kan in het privaatrecht de norm van de redelijkheid en billijkheid worden ingevuld met behulp van de karaktertekening van betrokkenen, zoals bij ‘goed werkgever- en werknemerschap’; krijgt in het bestuursrecht het ethos van het bestuur gestalte in de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en in het ondernemingsrecht en het staatsrecht via ‘good governance’. Er is geen twijfel aan dat het karakter van de actoren van invloed is op de invulling van bepaalde subjectieve rech-

ten. Het is duidelijk dat het ethos van de cliënt in ieder geval aandacht van elke moderne pleiter verdient.

Ten tweede blijkt het emotionele overtuigingsmiddel in een juridische procedure relevant, want de toehoorderemoties spelen nu eenmaal een belangrijke rol bij de oordeelsvorming, ook bij het juridische oordeel. Wanneer iemand een emotie beleeft, verricht hij – volgens de klassieke retorici – tot op zekere hoogte een rationele activiteit, hij waardeert een situatie als van waarde of relevant voor zijn belang. De emotie en de waarderende overtuiging horen bij elkaar, wanneer de emotie verandert, verandert de waardering. Dit is een van de redenen waarom een emotionele beleving van invloed is op het oordeel. Een andere reden voor het effect van emoties op het oordeel is dat de waardering gepaard gaat met een gevoel van (on)lust. De toehoorder zal zijn oordeel aanpassen om de lastgevoelens te beëindigen of de lustgevoelens te behouden. Het verband tussen overtuigen en oordelen is niet alleen rationeel, maar ook emotioneel.

4.2 *Een positieve en een negatieve verklaring*

Een spreker kan een emotie wekken bij zijn toehoorders door hen een beeld van de aangeklaagde of de pleiter te laten aanvaarden: deze pleiter is betrouwbaar en/of deze aangeklaagde is gevaarlijk, is slecht, heeft veel goeds gedaan voor gemeenschap, of – zoals Socrates deed in zijn verdedigingsrede – is een godsgeschenk.

Mannen van Athene, ik verdedig me dus beslist niet omwille van mezelf, zoals men zou kunnen denken, maar meer omwille van jullie. Immers, door mij te veroordelen zouden jullie je aan een geschenk dat god jullie gaf vergrijpen. Wanneer jullie mij doden zullen jullie moeite hebben weer iemand te vinden die in opdracht van god letterlijk – ook al klinkt het belachelijk – als een stekende horzel de stad boven op het lijf zit. Vergelijk het met een groot en edel paard, dat door zijn formaat wat traag is en ter opwekking de stekende sporen moet voelen. Evenzo heeft denk ik god mij op de stad gezet, als iemand die jullie opwekt, overreedt, ieder afzonderlijk berispt. Overal en altijd kan ik onophoudelijk op jullie neerstrijken. Zo iemand krijgen jullie niet gemakkelijk nog een keer, mannen. Luister daarom naar mij en spaar me. Maar misschien dat jullie als iemand die in zijn slaap wordt gestoord uit ergernis naar mij gaan slaan, en me op aanraden van Anytos zonder meer zullen doden. Dan kunnen jullie de rest van jullie leven in diepe sluimer doorbrengen, als god tenminste niet zo bezorgd zal worden dat hij een ander op jullie afstuurt.⁹⁴

94 Plato (ong. 399 vC) 1995, 50-51.

Socrates wil de Atheners ervan overtuigen dat hij dan misschien wel een lastpak is, maar dat hij daarmee een belangrijke rol vervult in de gemeenschap: hij is hun luis in de pels. Hiermee wil hij hun irritatie over hem wegnemen en het gevoel van spijt wekken dat de Atheners zouden kunnen krijgen als ze hem ter dood veroordelen.

Het specifieke gevoel (spijt) dat ontstaat door de overtuiging (dat Socrates een weliswaar irritante, maar nuttige rol in de gemeenschap vervult en dat ze hem zullen missen als ze hem ter dood brengen) leidt – volgens Aristoteles – tot gedrag (een oordeel) met een kenbaar en voorspelbaar doel, namelijk het wegnemen van de onlustgevoelens die bij spijt horen. De toehoorders zullen hun mening herzien om tegemoet te komen aan het gevoel dat ze ondergaan door de overtuiging die de spreker bij hen heeft opgeroepen. Aristoteles maakt emotioneel gedrag zo tot intelligent gedrag dat openstaat voor argumentatieve overtuiging. In zijn apologie draagt Socrates dan ook verschillende redenen aan voor de spijt. De Atheners dreigen iemand ter dood te veroordelen die onvervangbaar is, want hij – Socrates – heeft altijd in het belang van Athene en de Atheners gehandeld, terwijl hij daardoor vaak zijn eigen belang verwaarloosde.

Cicero sluit zich bij Aristoteles' visie aan voor wat betreft zijn opvatting dat een emotie een gevoelstoestand is die ontstaat door een overtuiging, maar wijst op een ander effect van emoties. Een emotie leidt niet tot voorspelbaar gedrag, maar zal een weloverwogen oordeel juist verstoren. Emoties blijken een dubbel gezicht te hebben: zij kunnen bijdragen aan een redelijk oordeel, maar kunnen ook een bedreiging voor de redelijkheid vormen.

Wanneer de analyse van Aristoteles klopt, en het subject een emotie beleeft doordat hij de werkelijkheid waardeert, dan bestaat er een onontkoombaar verband tussen rationele en emotionele overtuigingsmiddelen, tussen argumenten en emoties. Hiermee is de theoretische achtergrond blootgelegd van de stelling van de klassieke meesters dat de overtuigingsmiddelen gelijkwaardig zijn en dat ze door de hele redevoering gebruikt kunnen worden. Wanneer de analyse van Cicero klopt helpen emoties de toehoorder niet bij het oordelen, maar helpen ze spreker om te manipuleren.

Inmiddels heeft de psychologie zich tot een zelfstandige wetenschap ontwikkeld en de laatste decennia is het onderzoek naar emoties enorm toegenomen. Het is de vraag of het emotiebegrip dat Aristoteles heeft ontwikkeld en dat Cicero onderschrijft door de moderne inzichten wordt ondersteund en – hiermee samenhangend – of de emoties van de oordelaar nu positieve (Aristoteles' visie) of negatieve effecten (de opvatting van Cicero die Quintilianus onderschrijft) op het oordeel hebben? Deze eerste vraag staat centraal in Hoofdstuk 4 en de tweede staat centraal in Hoofdstuk 5.

De overtuigingskracht van emoties volgens de cognitieve emotietheorie

Waarin een modern complex emotiebegrip wordt gebruikt om de verklaring van Aristoteles voor de overtuigingskracht van emoties te toetsen aan de inzichten van de cognitieve emotietheorie. En de aard van emotionele kennis wordt onderzocht.

1. Emotie – een conceptueel probleem

In Aristoteles' opvatting van emoties is een bepaalde overtuiging de oorzaak van een emotie. Door de overtuiging ontstaat een specifieke emotionele beleving die leidt tot gedrag met een kenbaar en voorspelbaar doel. Aristoteles maakt emotioneel gedrag zo tot intelligent gedrag dat openstaat voor argumentatieve overtuiging. In deze opvatting kan een spreker het gedrag van de toehoorder beïnvloeden door de toehoorder een emotie te laten beleven. Cicero en Quintilianus sluiten zich bij deze visie aan, alleen wijzen zij explicieter dan Aristoteles op het feit dat emoties een weloverwogen oordeel kunnen verstoren. Enerzijds zien de klassieken emoties dus als een intelligente reactie op de wereld die vatbaar is voor argumentatie en leidt tot voorspelbaar en doelgericht gedrag, anderzijds zien ze emoties als een gevaarlijke factor die verwarring schept en het oordeelsproces frustreert.

Sinds Aristoteles zijn emotietheorie ontwikkelde, zijn ruim twee eeuwen verstreken. Klopt de verklaring die Aristoteles geeft voor de overtuigingskracht van emoties wel? Is zijn emotiebegrip nu nog relevant? Wat verstaat men tegenwoordig onder een emotie?

Deze vragen zijn niet gemakkelijk te beantwoorden, want emoties vormen geen natuurlijke categorie waardoor objectief is af te bakenen wat tot het begrip emoties behoort, en wat niet. De eerste reden voor dit conceptuele probleem is dat de inhoud van het emotiebegrip in de loop van de geschiedenis steeds is veranderd. Een tweede probleem is dat er verwarring bestaat over de betekenis van de verschillende verwante begrippen: waarin onderscheidt een emotie zich van een gevoel, sentiment, stemming?

1.1 *Emotie is veranderlijk concept*

Het emotiebegrip blijkt gedurende de geschiedenis steeds van betekenis te veranderen afhankelijk van het vigerende mensbeeld en van de naar tijd en plaatsgebonden opvattingen over de betekenis van andere begrippen, zoals rationaliteit, lichaam, geest, kennis, waarheid. Om hier iets zinnigs over te zeggen zou een omvangrijk onderzoek nodig zijn, dat voor de beantwoording van mijn centrale onderzoeksvraag niet noodzakelijk is. Ik verwijs hier dan ook naar het onderzoek van anderen, die beter gekwalificeerd zijn dan ik (historici, filosofen) om dit soort onderzoek uit te voeren.¹ Om enig zicht te geven op de manier waarop het emotiebegrip verandert in de loop van de geschiedenis volgt hier een korte – en waarschijnlijk arbitraire – schets.

In de klassieke oudheid omvat het begrip emotie (passie) alle veranderingen van het gemoed die ontstaan door een oorzaak van buiten het rationele zelf. Emoties (passies) zijn dan zowel lichamelijke gevoelens als driften, maar ook zintuiglijke waarnemingen, verlangens en behoeften. In de Middeleeuwen worden emoties opgevat als lichamelijke verschijnselen die zich manifesteren in niet beredeneerde, automatische neigingen. In deze periode staan emoties tegenover de wil. Terwijl Descartes emoties ook indeelt bij de lichamelijke verschijnselen, maar ze tegenover de ziel of de geest plaatst. In zijn dualistische mensbeeld bestaat er immers een scheiding tussen ziel en lichaam. Emoties ziet hij als plotselinge, heftige, lichamelijke opwindings-toestanden, als een soort natuurverschijnselen die passief door de ziel/geest worden geregistreerd en vervolgens verwerkt.

In de 17^{de} en 18^{de} eeuw ondergaat de opvatting over emoties een fundamentele wijziging. De rede wordt niet meer gezien als enige bron van alle kennis, maar men erkent het belang van de ervaring voor de kennisverwerving. Bij de kennisverwerving door ervaring zijn de zintuigen en de emoties de instrumenten bij uitstek en de rede fungeert enkel nog als middel om de indrukken te ordenen. Emoties worden zowel in de literatuur (Voltaire) als in de filosofie (Diderot) gezien als dé fundamentele motieven voor elk menselijk handelen, zodat de ethiek wordt gebaseerd op de emoties. Zo bouwen Hume (*A treatise on Human Nature* 1739) en Smith (*The Theory on Moral Sentiments* 1759) hun

¹ Pott 1992; Solomon 1993; Stearns 2000; Sousa (Spring Edition 2003); Gross 2006. Pott geeft een uitgebreide beschrijving van de historische ontwikkeling van de verhouding tussen rationaliteit en emotionaliteit: Pott 1992. Stearns beschrijft de ontwikkeling en de resultaten van een nieuwe loot aan de tak van het historisch onderzoek, namelijk de geschiedenis van de emoties, waarbij onderzoek wordt gedaan naar het proces van verandering in de opvattingen over en de beleving van specifieke emoties en naar de continuïteit in deze beleving te midden van veranderend historische werkelijkheid. Een voorbeeld van dit soort onderzoek is Stuip & Vellekoop 1998. Solomon en De Sousa geven een overzicht van de ontwikkeling en Gross schetst de 'verborgen' geschiedenis van het emotiebegrip.

morele theorie rondom ‘moral sense’ en ‘moral sentiments’. Zij zien emoties als de essentie van het sociale bestaan en van de moraliteit van de mens.²

De erkenning van de emotie als motief voor het individuele handelen doet de noodzaak ontstaan om een nieuw onderscheid in te voeren, namelijk tussen de onbeheersbare, plotselinge gemoedsbewegingen die het handelen juist verstoren en de minder heftige, langduriger neigingen die een motivatie bieden voor het menselijke handelen: hartstochten en sentimenten of – in navolging van Kant – *Affect* en *Leidenschaft*. In tegenstelling tot Hume en Smith ziet Kant geen positieve band tussen emoties en moreel handelen. Handelen dat geleid wordt door ‘natuurlijke neigingen’ zoals emoties mondt uit in egoïsme. Kant wijst emoties niet helemaal af, want hij geeft ze wel een rol bij de waardering van schoonheid, dus in de esthetiek (*Kritik der Urteils-kraft* 1790).

Aan het eind van de 19^{de} eeuw bloedt de filosofische aandacht voor emoties dood. Door de lichamelijke definitie van emoties door o.a. William James (‘emoties zijn lichamelijke gevoelens’)³ en de scheiding tussen de psychologie en de filosofie die in dezelfde periode plaatsvond (1879),⁴ werden emoties meer en meer gezien als een thema dat tot het terrein van de psychologie behoorde. Binnen de filosofie hebben alleen de fenomenologen nog aandacht aan emoties besteed: Brentano, Scheler, Heidegger en Sartre. Brentano (*Vom Ursprung sittlicher Erkenntnis* 1889) rangschikt emoties onder de mentale verschijnselen en onderscheidt deze van de lichamelijke verschijnselen. Mentale verschijnselen zijn namelijk altijd gericht op een object buiten het subject en lichamelijke verschijnselen niet. Wie denkt, denkt over iets, wie boos is, is boos over of op iets. Deze gerichtheid op een object noemt hij intentionaliteit. Volgens de fenomenogene bieden emoties inzicht in morele waarden (Brentano, Scheler) Volgens Scheler geeft een emotionele respons inzicht in

2 Bijvoorbeeld Smith (1759)1984, 9. Het oordeel over gedrag van anderen en van onszelf is gebaseerd op een aangeboren moreel ‘zintuig’, dat hij ‘sympathie’ noemt en omschrijft als het vermogen om mee te voelen met de emoties van anderen. De toeschouwer reconstrueert de beleving/de ervaring/de emoties van degene die hij bekijkt:

As we have no immediate experience of what other men feel, we can form no idea of the manner in which they are affected, but by conceiving what we ourselves should feel in the like situation. Though our brother is on the rack, as long as we ourselves are at our ease, our senses will never inform us of what he suffers. They never did, and never can, carry us beyond our own person, and it is by the imagination only that we can form any conception of what are his sensations. Neither can that faculty help us to this any other way, than by representing to us what would be our own, if we were in his case. It is the impressions of our own senses only, not those of his, which our imaginations copy. By the imagination, we place ourselves in his situation.

3 James 1884.

4 Algemeen wordt als begin van de psychologie als aparte wetenschap aangewezen de oprichting van het eerste psychologische laboratorium door Wilhelm Wundt in Leipzig in 1879.

de waardevolle kenmerken van de wereld om ons heen.⁵ In de psychologie is door de opkomst van het behaviorisme aan het begin van de 20^{ste} eeuw alleen nog interesse voor het verklaren van gedrag in meetbare termen, zodat emoties geen object van onderzoek vormen. Pas in de jaren zestig van de 20^{ste} eeuw herleeft de psychologische en filosofische belangstelling voor de emoties door de opkomst van de cognitieve opvatting over emoties.⁶

Uit deze korte schets van de geschiedenis van het begrip emoties blijkt dat het concept afhankelijk is van de tijd, de cultuur en van de betekenis van andere begrippen, zoals wil, rede, lichaam, geest, kennis, waarheid. Emoties zijn in sommige perioden geplaatst tegenover het verstand en in andere tegenover de wil. Meestal zijn ze beschouwd als lichamelijke verschijnselen en soms als motief voor het handelen; soms als positieve invloed en soms als onwenselijke invloed op denken en gedrag. Dit maakt het vrijwel onmogelijk om een definitie van een emotie te geven die niet omstreden is.

1.2 Taalgebruik van het begrip emotie is verwarrend

Een tweede probleem bij het omschrijven van het begrip emotie is dat er verschillende verwanten begrippen zijn die door elkaar worden gebruikt en die bovendien in de verschillende talen verschillende betekenissen hebben. Zo worden de begrippen emotie en gevoel door elkaar gebruikt.⁷ Koenen beschrijft een *emotie* als een ‘gemoedsbeweging, (plotselinge) ontroering’ en *gevoel* als ‘een besef, het vermogen om de schoonheid van iets aan te voelen’, en als tweede betekenis van gevoel geeft Koenen ‘gemoedsbeweging’, terwijl Van Dale bij *emotie* als betekenis geeft: ‘hevig gevoel, aandoening, affect, gemoedsbeweging’, en bij *gevoel* ‘wat men voelt, de lichamelijke gewaarwording van het voelen’, en als tweede betekenis ‘het vermogen om iets aan te voelen’. De voorzitter van de jury van World Press Photo gebruikt ‘gevoel’ in de betekenis van Koenen als hij verklaart: ‘Foto’s kiezen doe je met je hart,

5 Scheler (1913)1948.

6 Calhoun & Solomon 1984. In *What Is an Emotion* geven zij een overzicht van de schrijvers die zich vanaf Aristoteles met emoties bezig hebben gehouden. Calhoun & Solomon delen hen in vier groepen in: de klassieken (Aristoteles, Descartes, Spinoza, Hume); de schrijvers die (nog) geen onderscheid maken tussen psychologie en filosofie (Darwin, James, Cannon, Dewey, Freud, Schachter & Singer); de continentale traditie (Brentano, Scheler, Heidegger, Sartre); de conceptuele analyse en emoties (Ryle, Bedford, Kenny, Thalberg, Solomon, Calhoun).

7 Wat in de neurowetenschappen vaak gevoel wordt genoemd, noemen veel cognitieve psychologen een emotie. In de neurowetenschappen zijn emoties de onbewuste lichamelijke reacties en gevoelens zijn de bewuste verwerking van deze lichamelijke reacties (zie bijvoorbeeld Damasio (1995)2000, 166-167; Weenink 2009, 246), terwijl in veel emotietheorieën juist de omgekeerde terminologie wordt gehanteerd (zie bijvoorbeeld Goldie 2000, 58-83; Frijda 2008, 79-87, 226-228).

met je gevoel.’⁸ Zijn hart heeft kennelijk het ‘vermogen om de schoonheid van iets aan te voelen’.

De woordenboekomschrijvingen van *gevoel* leveren een aantal kernwoorden – innerlijk, gemoed, beweging, lichamelijke gewaarwording – dat deels overeenkomt met de kernwoorden bij de woordenboekomschrijvingen van het begrip *emotie* – interne ervaring, gemoed, beweging. De omschrijving van het begrip *emotie* wijkt maar op één punt af van die van het *gevoel*, het verschil zit kennelijk in de heftigheid, in het plotselinge. Maar als dit waar is, waarom noemen alle woordenboeken dit dan niet als het onderscheidende kenmerk?

De lemmata ‘emotioneel’ en ‘gevoelig’ scheppen nauwelijks meer duidelijkheid. Van Dale geeft als eerste betekenis van *emotioneel* ‘zeer vatbaar voor ontroeringen’ en als tweede betekenis ‘betrekking hebbend op emoties’. De tweede betekenis is neutraal, de eerste is minder neutraal en heeft een min of meer negatieve connotatie. In het spraakgebruik wordt het woord *emotioneel* ook vaak als een diskwalificatie gebruikt. Zodra iemand iets met wat nadruk beweert, loopt hij het risico dat hij tot de orde wordt geroepen met: ‘Nou, u hoeft niet zo emotioneel te reageren.’ of ‘U heeft dus alleen maar emotionele argumenten.’ Van Dale omschrijft *gevoelig* als ‘sterk reagerend op indrukken en gewaarwordingen’ en als ‘gemakkelijk door iets getroffen worden’. Zo omschreven lijkt *gevoelig* een veel bredere betekenis te hebben dan *emotioneel*, want als je *emotioneel* bent, ben je alleen zeer vatbaar voor ontroeringen, terwijl *gevoelig* betekent dat je zeer vatbaar bent voor allerlei indrukken. Wat bedoelt iemand die zegt: ‘Ik ben een emotioneel mens, want bij veel filmscènes biggelen de tranen over mijn wangen.’ Bedoelt hij dat hij zeer vatbaar is voor ontroeringen of dat hij sterk reageert op indrukken en gewaarwordingen of dat hij een groot besef heeft van schoonheid of dat hij teerhartig is. Alle omschrijvingen zijn mogelijk. Het begrippenpaar *emotie en emotioneel* is niet gemakkelijk af te bakenen van het begrippenpaar *gevoel en gevoelig*. Er zijn twee verschillen die opvallen: het begrip *emotie* verwijst naar iets dat heftiger en meer plotseling is dan waar het begrip *gevoel* naar verwijst en het begrippenpaar *emotie en emotioneel* heeft vaker een negatieve lading.

De verwarring wordt groter als we de betekenis van de begrippen *emotie* en *gevoel* in andere talen vergelijken met de Nederlandse begrippen. In het Frans worden de begrippen nauwkeuriger onderscheiden. Een *émotion* is expressief en onbedwingbaar. De *émotion* vreugde is het uitbundige gedrag dat je ziet als er een doelpunt is gemaakt, dat zich uit in gebaren en kreten. De *sentiments* daarentegen, zijn rustige, evenwichtige gevoelstoestanden die niet of nauwelijks zichtbaar zijn in het gedrag. Tevredenheid is een goed voorbeeld. In het Nederlands spraakgebruik is het Franse onderscheid nog een

8 NRC Handelsblad 9 februari 2006, 11.

beetje terug te vinden. Expressief gedrag is meestal *emotioneel* gedrag, terwijl *gevoelig* gedrag meestal meer ingetogen is. Als iemand uit frustratie met zijn vuist op tafel slaat, noemen we dat niet gevoelig maar emotioneel. Toch kan het expressieve gedrag, dat iemand vertoont bij het beleven van een emotie, zowel *gevoelig*, *emotioneel* als *sentimenteel* genoemd worden. Iemand die huilt (het expressieve gedrag) omdat hij verdriet (een emotie) heeft vanwege het overlijden van een geliefde persoon, uit zijn gevoel; huilt iemand van boosheid (een emotie) omdat hij zijn zin niet krijgt, dan reageert hij emotioneel; wanneer iemand huilt van ontroering (een emotie) bij het horen van een levenslied dan noemen we dit sentimenteel. Of gedrag gevoelig, emotioneel of sentimenteel genoemd wordt, lijkt afhankelijk van sociale conventies over wat gepast gedrag is, van de oorzaak van het gedrag en van de mate van onbedwingbaarheid, uitbundigheid of ingetogenheid.

In het Engels wordt het begrip emotie weer wat anders gebruikt. Het woord *emotion* fungeert vaak als een koepelbegrip waar alle emotionele verschijnselen onder vallen zowel stemmingen, gevoelens, agitaties als sentimenten. In het Nederlands taalgebruik wordt het begrip emotie ook wel in deze Engelse betekenis gebruikt, het fungeert dan als koepelbegrip voor alle gemoedsbewegingen. En om de verwarring compleet te maken, wordt ook het begrip gevoelens wel gebruikt als een verzamelbegrip voor alle emotionele verschijnselen.

De verwante begrippen gevoel, emotie, sentiment blijken begrippen te zijn die weliswaar op min of meer verschillende manieren worden omschreven, maar toch door elkaar worden gebruikt. Als er al een verschil is in het woordgebruik dan lijkt dit voornamelijk te liggen in de mate van expressiviteit, de intensiteit en de gepastheid van de beleving.

Nog een laatste aspect van de begripsmatige verwarring is de onduidelijkheid over wat tot de categorie emoties behoort. Er zijn emoties die in elke lijst voorkomen, zoals angst, woede, jaloezie, begeerte, vreugde. Maar is respect een emotie? Is liefde een emotie? Verliefdheid wel, maar de liefde tussen ouders en kind of vaderlandsliefde? En recht(vaardigheid)sgevoel? Melancholie is een stemming, maar zijn weemoed en heimwee emoties of stemmingen? Zijn langdurende, kalme emoties, zoals liefde, rechtsgevoel en heimwee wel emoties? Of spreken we alleen van emoties als ze explosief, overrompelend en kortstondig zijn? Is de duur bepalend voor een emotie, of de expressiviteit, of de explosiviteit?

Er blijkt op geen consensus te zijn over de betekenis van het begrip emotie, noch over de verhouding tussen het begrip emotie en verwante begrippen. Ook het taalgebruik met betrekking tot de begrippen emotie, gevoel en emotioneel, gevoelig is niet eenduidig. De woorden worden min of meer door elkaar gebruikt. Toch weten we globaal wat tot de categorie emoties behoort. Mensen zullen de toestanden die we aanduiden met liefde, vreugde, hoop,

haat, woede, angst of medelijden indelen bij de categorie emoties. Deze toestanden zijn kennelijk te onderscheiden van stemmingen als somberheid, gezelligheid of melancholie, en van lichamelijke gevoelens als honger of dorst. Weliswaar zijn de grenzen van de categorieën niet duidelijk, maar de categorie is kennelijk wel grof af te bakenen. Een indicatie voor de diversiteit van wat men zoal als een emotie opvat, is de lijst die ik heb opgenomen in bijlage 1.

2. Elke emotietheorie een eigen emotiebegrip

2.1 *Indeling emotietheorieën: nadruk op het gevoel of nadruk op de cognitie*

Zoals ik al heb gezegd maakt de theorie over emoties die op een bepaald moment gangbaar is deel uit van de het mensbeeld dat men in die periode heeft. In grote lijnen geschetst blijkt dat het emotiebegrip in de loop van de geschiedenis afwisselend op twee manieren is opgevat. De opvatting waarin een emotie als een lichamenlijk gevoel tegenover de ratio staat en de opvatting waarin een emotie een mening, opvatting of oordeel bevat en dus met de ratio is verweven.

2.1.1 *Gevoelstheorieën*

Plato laat in één van de dialogen Timaios vertellen hoe de wereld is geschapen. God heeft de kosmos, de goden en zo veel menselijke zielen geschapen als er sterren zijn. Voor het overige laat God de schepping en het aansturen van de sterfelijke wezens aan de goden over, opdat God van zijn rust kan blijven genieten. Bij de schepping van de mens willen de goden God nadoen. Omdat het heelal bolvormig is, scheppen zij rondom de door God geschapen ziel een bolvormig lichaam: een hoofd. In deze bol worden alle zintuigen geplant.

Het is het goddelijkste en heerst over alles in ons (...) Om nu te voorkomen dat het hoofd moest rollen over de aarde met al haar hoogten en laagten waar het moeilijk uit of overheen zou komen, gaven ze het voor het gemak een lichaam als voertuig.⁹

(...)

Ze gaven aan de ziel het hele lichaam als voertuig en bouwden daarin een ander soort ziel bij. Het gaat om de sterfelijke ziel waarin je verschrikkelijke en onvermijdelijke emoties hebt. Om te beginnen lust, de ergste verleider tot het kwaad. Dan, pijnen die maken dat je wegloopt van het goede. Verder overmoed

9 Plato (ong. 360 vC) 2003, 40.

en angst, twee dwaze raadgevers. Passie, die zich moeilijk laat bedaren. Hoop, zo gemakkelijk te bedriegen. Het kon niet anders of door dit alles met warrige waarneming en bluffende begeerte te mengen vormden ze het sterfelijke soort ziel.

Vandaar dat ze uit schroom om, behalve als dat absoluut niet anders kon, het goddelijke te bezoedelen, het sterfelijk daarvan afgezonderd in een aparte behuizing in het lichaam lieten wonen. Met een vernauwing en een grens maakten ze een scheidslijn tussen hoofd en borst. Ze zetten daar namelijk de hals tussen om de twee uit elkaar te houden. In de borst, in wat de borstkas wordt genoemd, hebben ze het sterfelijke soort ziel opgesloten.¹⁰

In Timaios' scheppingsverhaal zijn de emoties – de sterfelijke ziel, die in de borst zit – een bedreiging van de goddelijke (onsterfelijke) ziel die in het hoofd van de mens zit en de rede als instrument heeft. De goddelijke ziel van de mens mag alleen naar zijn ster terugkeren als deze zijn sterfelijke ziel heeft kunnen beheersen. Een mens moet zijn emoties temmen en moet streven naar oordelen die niet door emoties worden beïnvloed, met dat doel is de borstkas immers door de nek gescheiden van het 'goddelijke' hoofd. Alleen dan zal de goddelijke ziel als ster voortleven.

De opvatting dat emoties tegengesteld zijn aan de rede (ratio, verstand), gaat meestal samen met de opvatting dat het verstand in de geest zetelt en de emoties in het lichaam. Een emotionele beleving wordt dan gezien als de registratie van een lichamelijk gevoel. De theorieën die emotie en gevoel gelijkstellen, noemen we 'gevoelstheorieën'. De gevoelstheorie in een of andere vorm terug te vinden in het werk van Plato, Descartes, Locke, Hume,¹¹ Kant, James, Ryle en andere behavioristen.

Dat het moeilijk is om de emotietheorieën te ordenen in twee stromen blijkt al uit het feit dat Descartes en Ryle in hetzelfde rijtje staan, terwijl Ryle een fervente tegenstander is van Descartes' stelling dat lichaam en geest gescheiden zijn. Descartes ziet emoties als lichamelijke verschijnselen die – net als honger en dorst – veroorzaakt worden door een verandering in de lichamelijke gesteldheid. De ziel (de geest, het verstand) registreert deze veranderingen en stuurt de reactie aan. Ryle noemt deze visie laatdunkend: 'the dogma of the Ghost in the Machine'.¹² Ryle stelt dat lichaam en geest niet naast of tegenover elkaar gezet kunnen worden, maar dat er sprake is van twee verschillende categorieën waarover alleen gesproken kan worden

¹⁰ Plato (ong. 360 vC) 2003, 73.

¹¹ Power plaatst Hume in het rijtje van de gevoelstheorieën. Hij benadrukt de overeenkomsten tussen de opvatting van Hume en die van Descartes en verwijst voor een uitgebreidere vergelijking tussen hen naar A.Kenny, *Action, emotion and will*, London: Routledge & Kegan Paul 1963; Power & Dalglish 2008, 19 en 26. Terwijl Solomon Hume indeelt bij de cognitieve theorieën.

¹² Ryle (1949)1971, 20.

in verschillende talen. Ook Ryle ziet emoties als lichamelijke verschijnselen. Hij legt de nadruk op het feit dat deze lichamelijke verschijnselen tot uiterlijk waarneembaar emotioneel gedrag leiden. Emoties wijzen volgens Ryle dan ook niet op een verborgen innerlijk leven, maar de uiterlijke verschijningsvorm van de emotie is alles wat er over te weten valt. Zo past hij in het behaviorisme, het voorlopige eindpunt van de eerste stroom.¹³ Het behaviorisme ziet emoties als een automatisch fysiologisch reactiepatroon op een stimulus, waardoor een neiging ontstaat om gedrag te vertonen dat bij de emotie hoort.

Om de verschillen tussen de opvattingen te verduidelijken een voorbeeld.

Anna wandelt in de ochtendzon over een landweg. Plotseling komt uit de struiken een hond tevoorschijn. Zodra de hond Anna ziet, zakt hij een beetje door zijn voorpoten, ontbloot zijn tanden, zet zijn nekharen overeind en begint te grommen. De hond ziet er gevaarlijk uit. Anna's hart gaat sneller kloppen, haar mond wordt droog. Ze kan de neiging om hard weg te rennen nauwelijks bedwingen. Terwijl ze achteruit schuift, valt de hond haar aan. Hij hapt naar haar hand en rent weg. Geschrokken trekt zij haar hand terug.

In de gevoelstheorie ontstaat een emotie automatisch, omdat het lichaam reageert op een prikkel. Anna's oog neemt de hond, zijn overeind staande nekharen en blikkerende tanden waar; haar oren horen het gegrom. Hierdoor ontstaat een verhoging van haar hartslag en neemt haar bloeddruk toe. Haar hersenen geven vervolgens haar benen de opdracht om weg te lopen. Ze is zich bewust van deze lichamelijke veranderingen en herkent deze als signalen van een gevaarlijke situatie. Er is in deze beschrijving eigenlijk geen verschil tussen de registratie van de pijn in haar hand door de beet van de hond en de registratie van de verhoogde hartslag etc. door het zien van de dreigende hond. Beide, de beet en de dreigende hond, veroorzaken veranderingen in het lichaam die Anna voelt als respectievelijk pijn en angst. De angst ontstaat dus niet door de angstwekkende hond, maar door het gevoel van de lichamelijke veranderingen.

In de gevoelstheorieën ontstaan emoties door de duiding van een lichamelijke reactie op de wereld.

2.1.2 *Cognitieve emotietheorieën*

In de cognitieve theorieën worden emoties niet gezien als tegengesteld aan het denken, maar juist als een gemoedstoestand die gebaseerd is op een

¹³ Pott wijst erop dat de recente opmars van de evolutionaire psychologie en de neurowetenschappen ertoe leidt dat de stromen naar elkaar toegroeien: Pott 2008, 91. Het behaviorisme is dan geen voorlopige eindpunt van deze stroom, maar de gevoelstheorie zou dan deel gaan uit maken van de cognitieve emotietheorieën.

gedachte. Om van een emotie te kunnen spreken, moet het subject een gedachte hebben over een situatie of een object. In deze traditie past het werk van Aristoteles, de Stoïcijnen, Spinoza, Hume¹⁴ en de fenomenologen (Brentano, Scheler, Heidegger en Sartre). Deze schrijvers benadrukken ieder ten minste een van de twee kenmerken van emoties die later ook in de cognitieve emotietheorie een rol spelen. Het eerste kenmerk is dat emoties zich onderscheiden van lichamelijke verschijnselen omdat ze gebaseerd zijn op een opvatting over een object buiten het subject: wie bang is, is bang voor iets; wie boos is, is boos op iets. Het tweede kenmerk is dat emoties samenhangen met de belangen of de waarden van de geëmotioneerde mens, zij hebben een evaluatief karakter. Deze tweede stroom opvattingen over emoties mondt uit in de cognitieve emotietheorieën. Voor het gemak vat ik deze onder de noemer cognitieve emotietheorieën, ook al klopt deze noemer historisch gezien niet en is het een anachronisme.

Terug naar Anna en de hond. Anna staat op een landweg alleen tegenover een hond van wie de nekharen overeind staan, die gromt en zijn tanden laat zien. Zij weet dat honden dreigen aan te vallen wanneer hun nekharen overeind staan en ze hun tanden laten zien. Zij bestempelt de situatie als gevaarlijk, omdat zij inschat dat haar veiligheid in het gedrang is. Ze is immers helemaal alleen met een hond die haar dreigt aan te vallen. Ze voelt angst voor de hond in deze situatie, haar hart klopt in haar keel en ze heeft de onbedwingbare neiging om hard weg te rennen, weg van het gevaar. Anna's angst wordt veroorzaakt door de hond, of beter gezegd door haar inschatting van de situatie met de hond. De emotie wordt veroorzaakt door de duiding van een object of situatie in de wereld buiten haar.

De cognitieve emotietheorie is het voorlopige eindpunt van een stroming die sinds Aristoteles bestaat en emoties baseert op een persoonlijke inschatting van een situatie in de wereld buiten het zelf.

2.1.3 *Kritiek van de cognitieve emotietheorieën op de gevoelstheorieën*

Moderne cognitieve emotietheoretici zetten zich vaak af tegen de gevoels-theorieën in de persoon van de psycholoog William James (1842-1910). In zijn beroemde artikel in *Mind* beschrijft James emoties als 'verschijnselen die met duidelijk zichtbare lichamelijke veranderingen gepaard gaan'¹⁵ en in zijn klassieker, *Principles of Psychology*, geeft hij de volgende omschrijving van een emotionele beleving:

¹⁴ Solomon deelt Hume's opvatting over emoties in bij de stroming van de cognitieve emotietheorieën, omdat Hume een emotie niet alleen definieert als een bepaald soort lichamenlijk gevoel (an impression) maar een impression inbedt in een complex van andere impressies en ideeën. Hume past in de cognitieve emotietheorie omdat hij erkent dat een emotie naast een lichamenlijk bestanddeel ook een cognitief bestanddeel heeft: Solomon 1993, 7-8.

¹⁵ James 1884.

Bodily changes follow directly the perception of the exiting fact, and that our feeling of the same changes as they occur IS the emotion. Common sense says ... we meet a bear are frightened and run ... The hypothesis here to be defended says this order of sequence is incorrect ... that the more rational statement is we feel ... afraid because we tremble.¹⁶

James heeft het kennelijk over een beperkte groep emoties, namelijk die met zichtbare lichamelijke veranderingen gepaard gaan. Is er geen zichtbare lichamelijke verandering, dan is er ook geen sprake van een emotie. Een emotionele beleving is een bewuste beleving van de lichamelijke veranderingen. Of, zoals James het bondig uitdrukt 'we feel sorry because we cry, angry because we strike, afraid because we tremble'.¹⁷ Elke emotie wordt veroorzaakt door een lichamenlijk reactiepatroon. Omdat het lichamenlijke reactiepatroon uniek is, zou het mogelijk zijn om de emoties – letterlijk – in kaart te brengen op het lichaam.¹⁸

Emoties worden door James dus beschouwd als lichamenlijke reflexen die een subject tot gedrag aanzetten, zonder dat hierbij gedachten over een object in de wereld betrokken zijn. De reflexen komen voort uit de 'menselijke natuur', of uit het 'dierlijke' in de mens. Er wordt geen onderscheid gemaakt tussen emoties, honger, dorst of seksuele lust. Net als honger, dorst en lust reageren emoties op eigen behoeften, zodat ze enkel informatie bieden over het eigen lichaam.

Tegen deze opvatting verzet de cognitieve emotietheorie zich met drie punten van kritiek.

a. Eerste punt van cognitieve kritiek: een emotie is ervaring met een cognitieve inhoud

De gevoelstheorieën kunnen niet verklaren hoe Anna haar hartkloppingen en haar droge mond kan duiden als angst? Hoe weet Anna dat deze lichamenlijke verschijnselen angst zijn? Volgens James is de reactie van Anna op de grommende hond immers een lichamenlijk fenomeen; de reactie gaat als het ware recht van het oog naar de benen. Het beeld van de grommende hond, doet haar hart sneller kloppen en haar bloeddruk stijgen en zet haar benen aan om weg te rennen. De beklemmende consequentie van deze zienswijze is dat

¹⁶ James (1890)1980, 743. Zoals aangehaald door Power & Dalgleish 2008, 27.

¹⁷ James 1884, 190.

¹⁸ Ekman 1994; Ekman 2003. De psycholoog Paul Ekman doet sinds de tachtiger jaren van de vorige eeuw onderzoek naar de basisemoties, namelijk verrassing, angst, walging, woede, minachting, vreugde, verdriet. Dit onderzoek gaat uit van het bestaan van universele emoties die korte, snelle, voorbijgaande, automatische reacties vormen op brede verschijnselen zoals gevaar of verlies. Deze reacties maken deel uit van een specifiek fysiologisch reactiepatroon en leiden tot een universele set gelaatsexpressies. Bij de basisemoties spelen, volgens hem, cognities een ondergeschikte rol.

een mens steeds wordt overrompeld door zijn eigen gedrag. Wanneer Anna wegrent van de hond constateert zij vol verbazing dat ze bang is. Dit is een angstwekkende visie op emoties, waarin een mens passief wordt overvallen door heftige – namelijk gepaard gaand met zichtbare lichamelijke veranderingen – gemoedsbewegingen. Anna merkt pas dat ze bang is als ze wegrent.

James erkent dat deze visie tot ongeloof aanleiding geeft. Vlak na de passage die ik hierboven citeerde merkt hij namelijk op:

Stated in this crude way, the hypothesis is pretty sure to meet with immediate disbelief (...)

James' antwoord op de vraag hoe Anna weet dat ze bang is, is dat zij de lichamelijke respons als angst herkent. Een emotie is herkenbaar omdat elke emotie een specifieke lichamelijke respons heeft.

(...) no shade of emotion, however slight, should be without a bodily reverberation as unique, when taken in its totality, as is the mental mood itself (...) ¹⁹

Empirisch onderzoek wijst echter uit dat de verschillende emoties niet systematisch samenhangen met de verschillende lichamelijke responspatronen. Frijda bespreekt in zijn standaardwerk *De Emoties* alle met een emotionele beleving samenhangende autonome lichamelijke verschijnselen, zoals hartslag, bloeddruk, bloeddorstroming, ademhaling, maag-, darm- en blaasactiviteit, kliersecreties, pupilreactie, trillen. Hij komt tot de conclusie dat deze lichamelijke verschijnselen verschillende functies hebben. Veel autonome lichamelijke reacties vormen onderdelen van de noodrespons, waarmee het lichaam zich voorbereidt om aan te vallen of te vluchten. Deze noodrespons is echter geen verklaring voor fysiologische reacties bij verdriet, spijt of blijdschap, bij dit soort emoties moeten de lichamelijke reacties een andere functie hebben. Frijda noemt er drie. De lichamelijke reacties reguleren zichtbaar emotioneel gedrag, zoals huilen of juichen; ze reguleren een specifieke cognitieve of motorische activiteit, zoals het scherpener van de aandacht; en als laatste noemt hij de interactieve of communicatieve functie, zoals blozen of het trillen van de stem. Volgens Frijda wijst het huidige empirische onderzoek uit dat de lichamelijke reactiepatronen bij een emotie functioneel zijn, omdat zij het lichaam in staat stellen om te reageren.²⁰

Dit betekent echter niet dat iedere emotie een kenmerkend lichamenlijk reactiepatroon vertoont. Frijda concludeert uit een aantal studies dat de verschillende emoties weliswaar tot verschillende fysieke reactiepatronen

19 James (1890)1980, 743. Zoals aangehaald in Power & Dalgleish 2008, 27.

20 Frijda (1988)2001, 157-159.

leiden, maar dat deze verschillen niet groot, consistent en algemeen genoeg zijn om emoties mee te definiëren of te herkennen.²¹ Bovendien blijkt het mogelijk dat mensen een emotie beleven zonder dat dit gepaard gaat met enige fysiologische beroering. De fysiologische reactie is dus geen kenmerkend bestanddeel van emoties, maar – als er een lichamelijke respons is – maakt zij deel uit van een bestanddeel van emoties dat wel kenmerkend is, namelijk de actiebereidheid, de neiging om het gedrag te veranderen. De lichamelijke respons bereidt het lichaam voor om te kunnen reageren op de emotionerende gebeurtenis, het verband tussen gedrag, lichamelijke reacties en de emotie is veel losser dan in de gevoelstheorieën wordt verondersteld.²²

Dat brengt me weer terug bij de vraag die ik aan James stelde: Hoe weet Anna dat haar hartkloppingen en haar droge mond angst zijn; hoe weet Anna dat ze bang is? De gevoelstheorieën kunnen deze vraag niet beantwoorden, kunnen niet aangeven hoe een subject weet dat hij bang is en deze lichamelijke verschijnselen onderscheiden van andere emoties, van pijn, griep, of een algemeen gevoel van onrust. Er blijkt geen directe relatie te bestaan tussen een specifieke emotie en een vaste set lichamelijke verschijnselen.

b. Tweede punt van cognitieve kritiek: een emotie is gericht op een object in de wereld

Hoe weet Anna dat de droge mond en de hartkloppingen in verband staan met het gevaar dat een dreigende hond oplevert? In de James' gevoelstheorie is een emotie het bewustzijn van een specifieke verandering in het lichaam. Anna wordt niet bang van de hond, maar zij heeft een lichamelijke reactie op de enge hond, die ze herkent als angst. Het object van de emotie, dat waar de emotie op reageert, is dan het eigen lichaam. Maar, als het object van de emotie een verandering van de lichamelijke gesteldheid is, hoe kan de 'voeler' dan een emotie in verband brengen met de kwaliteiten van een object in de wereld? Hoe kan de 'voeler' dan begrijpen dat die angst iets te maken heeft met een gevaar in de wereld?

21 Frijda (1988)2001, 175-179. Frijda 2008, 72. Anders o.a. Ekman, Plutchik. Plutchik erkent een aantal basisemoties: 'acceptance, anger, anticipation, disgust, joy, fear, sadness, surprise' die een evolutionaire geschiedenis hebben doorgemaakt. Alle andere emoties zijn mengvormen van deze basisemoties: Plutchik 2002. Ekman concludeert uit zijn langjarig empirisch onderzoek dat er universele basisemoties zijn: 'anger, disgust, fear, joy, sadness, surprise', die gepaard gaan met onwillekeurige voor ieder herkenbare gezichts-expressies: Ekman 1992a.

22 Frijda (1988)2001, 186-188.

c. Derde punt van cognitieve kritiek: een emotionele beleving hoeft niet bewust te zijn

Een laatste bezwaar tegen de opvatting van James dat een emotie het bewustzijn is van een lichamelijk gevoel, is dat deze opvatting veronderstelt dat een emotionele beleving altijd samengaat met het bewustzijn van het eigen ik.

De discussie over het menselijk bewustzijn is eindeloos en daar wil ik me dan ook niet in mengen,²³ ik beperk me hier dan ook tot twee vragen. Kan een emotie ontstaan door een gebeurtenis die men zich niet bewust is? Is men zich een emotionele beleving altijd bewust? Wat betreft de eerste vraag is het antwoord ja. Empirisch onderzoek maakt aannemelijk dat emoties onbewust opgewekt kunnen worden.²⁴ Dit onderzoeksresultaat is contra-intuïtief. Hoe kan Anna bang worden van een dreigende hond die ze niet bewust ziet of hoort? Toch blijkt uit het genoemde empirische onderzoek dat mensen beïnvloed worden door emoties die alleen kunnen zijn ontstaan door beelden die te snel voorbij zijn gekomen om tot het bewustzijn door te dringen.

Over de tweede vraag of iemand onbewust emoties kan beleven wordt in de literatuur gestreden.²⁵ Een onbewuste emotionele beleving lijkt een contradictio in terminis. Hoe kun je onbewust iets beleven? De gevoelstheorieën stellen emoties gelijk met de gewaarwording van lichamelijke veranderingen, zodat een onbewuste emotionele beleving in deze theorieën onbestaanbaar lijkt. Hetzelfde geldt voor de cognitieve emotietheorieën ook voor deze theorieën lijkt het moeilijk om onbewuste emoties te accepteren. Onbewuste emoties zijn namelijk slecht te rijmen met de cognitie als essentieel bestanddeel van een emotionele beleving. Het vereist immers bewustzijn om een situatie te waarderen.

Om te verklaren hoe bewustzijn en emoties samenhangen maakt Sartre gebruik van het onderscheid tussen reflexief en irreflexief bewustzijn.²⁶ Bij het probleem van de onbewuste emoties, gaat het om de vraag of we ons altijd realiseren dat we een emotie hebben, of – anders gezegd – is ons bewustzijn gericht op het verdriet, de trots, de angst die we voelen? Bevestigen we deze vraag dan zou het bewustzijn van de emotie in de terminologie van Sartre reflexief zijn. We zouden dan kunnen reflecteren op het verdriet, de trots, de angst die we voelen. Kennelijk zien we de beleving van de emotie dan als bestaande uit een verzameling elementen die we ons bewust zijn: een bewust gevoel, een bewuste overtuiging en een bewuste neiging om te handelen. Het

23 Recent onderzoek naar bewustzijn toont aan dat een dichotomie tussen bewust en onbewust simplistisch is en dat het belang van het onbewuste eigenlijk niet overschat kan worden. Zie voor literatuurverwijzingen Sousa 2004, 64. Zie ook het leuke, heldere en informatieve boek van Dijksterhuis 2007.

24 Zie bijvoorbeeld: Ruys & Stapel 2008.

25 Zie bijvoorbeeld: Hatzimoyssis 2007.

26 Sartre (1939)1987, 85-92. En, onder verwijzing naar Sartre, Solomon 1981; Goldie 2000, 62-72; Frijda (1988)2001, 201-208.

bewustzijn van de geëmotioneerde is dan als het ware naar binnen gericht, gericht op wat de geëmotioneerde ervaart. Maar, dit is niet de natuurlijke gedaante van de emotionele beleving.²⁷ Een emotie is juist bewustzijn van een situatie in de wereld buiten de geëmotioneerde. Sartre wijst erop dat een geëmotioneerde in beginsel een irreflexief bewustzijn heeft van een emotionele beleving. Irreflexief bewustzijn van een emotionele beleving betekent dat het bewustzijn zich niet richt op de beleving van de emotie, maar op iets buiten het eigen ik. De geëmotioneerde is zich van allerlei dingen buiten zichzelf bewust, maar niet van het eigen innerlijke leven. De emotie angst is niet hetzelfde als het bewustzijn dat je bang bent. Net als het lezen van deze tekst niet hetzelfde is als het bewustzijn dat je deze tekst leest. Nussbaum geeft een voorbeeld van een sollicitant die tijdens het sollicitatiegesprek wordt beledigd maar zo geconcentreerd is dat hij zelf niet merkt dat hij boos is, maar een secure waarnemer kan dit wel zien.²⁸ Hier is geen sprake van een onbewuste emotie, zoals zij suggereert, maar van irreflexief bewustzijn wat wil zeggen dat het bewustzijn van de sollicitant niet op zichzelf, op zijn eigen innerlijke leefwereld, op zijn emotie is gericht, maar op het sollicitatiegesprek en op zijn gesprekspartners. Daarom neemt de sollicitant zijn boosheid niet waar, maar dit betekent niet dat de sollicitant een onbewuste emotie had. Het enige dat je kunt zeggen is dat de sollicitant geen reflexief bewustzijn had van welke gedachten, emoties of gevoelens dan ook die hij tijdens zijn sollicitatiegesprek onderging, maar niet van belang waren voor het doel van het gesprek. Al deze gedachten, emoties en gevoelens is de sollicitant zich irreflexief bewust. Het blijkt mogelijk om emoties te hebben zonder een reflexief bewustzijn van de emotie of de lichamelijke gevoelens die zich daarbij voordoen; dit irreflexieve bewustzijn is niet hetzelfde als een onbewuste emotionele beleving.

2.2 Een complex cognitief emotiebegrip

Uit de kritiek van de cognitieve theorieën op de gevoels-theorie van James kunnen we de bestanddelen van het cognitieve emotiebegrip afleiden.

2.2.1 Een emotie heeft een cognitieve inhoud

In de cognitieve emotietheorieën staat het begrip emotie voor een ervaring met een specifieke cognitieve inhoud. Goldie geeft een mooi voorbeeld om aan te tonen dat een emotie samenhangt met een gedachte (cognitie). Wanneer Jan zegt dat hij bang is om geld in de loterij te winnen, dan zal hij zich nader moeten verklaren. Is hij misschien bang dat geld corrupteert, of is hij bang voor bedelbrieven, of? Jan zal een overtuiging, opvatting of

27 Frijda (1988) 2001, 202.

28 Nussbaum 2001, 62-63.

interpretatie van het winnen van geld moeten hebben die leidt tot zijn angst. Wanneer Jan zijn angst om geld te winnen verklaart met een opsomming van positieve verwachtingen – hij kan eindelijk al zijn schulden afbetalen, hij kan allerlei goede doelen steunen, en ja, geld maakt gelukkig – dan is het niet te begrijpen waarom Jan zijn emotie angst noemt en niet hoop. Om van een specifieke emotie te kunnen spreken, moet er een kennelijk sprake zijn van een bepaalde overtuiging of een specifieke gedachte.

Het gaat bij een emotie niet zomaar om een gedachte, maar om een waarderding. Nussbaum stelt zelfs dat een emotie een waardeoordeel is, meer in het bijzonder een subklasse van waardeoordelen, namelijk die betrekking hebben op de belangen van een subject.²⁹ Er bestaan waardeoordelen waarbij emoties geen rol spelen, namelijk als de belangen van het subject niet betrokken zijn. Anna ondergaat een emotie omdat zij de ontmoeting met de dreigende hond ervaart als een bedreiging voor haar veiligheid. Stel dat Anna op dezelfde wandeling langs een boerenerv komt waar een hond dezelfde dreigende houding aanneemt, maar deze hond zit aan de ketting. Dan zou Anna zonder emotie kunnen oordelen dat dit een gevaarlijke hond is. Ook dan velt zij een waardeoordeel, maar ze ondergaat geen emotie, omdat een aangelijnde hond geen bedreiging voor haar veiligheid vormt. Nussbaum stelt de emotie gelijk met een waardeoordeel. De gelijkstelling van een emotie met een waardeoordeel is typisch voor de 'enge' cognitieve emotietheorie.³⁰

De meeste cognitieve emotietheoretici erkennen dat een overtuiging over de belangen/waarden van het object één van de bestanddelen van een emotie is, maar vinden een gelijkstelling te ver gaan.³¹ We kennen namelijk allemaal wel mensen die toch bang zijn van een aangelijnde hond. Iemand kan kennelijk bang zijn terwijl hij weet dat het gevaar ontbreekt. Dit is het bekende vlieg angstbezwaar dat Stocker heeft opgeworpen om aan te tonen dat alleen een cognitie niet voldoende kan zijn om het ontstaan van een emotie te verklaren, want – stelde hij – hoe kan het dan dat mensen bang zijn om te vliegen, terwijl ze weten dat een vliegtuig een relatief veilig vervoersmiddel is.³² Dit soort gevallen waarin de emotie (angst) bestaat terwijl de bijpassende overtuiging (van gevaar) ontbreekt, laten zien dat het bij de overtuiging, opvatting niet over objectieve kennis over gevaarlijke situaties gaat, maar om

29 Nussbaum 2001, 3-7, 19-88.

30 Aanhangers van deze 'enge' opvatting zijn onder meer Solomon 1977; Solomon 1993; Lazarus & Lazarus 1994; Nussbaum 1996a.

31 Inmiddels heeft ook Nussbaum haar oordeelsbegrip genuanceerd, waardoor ook in haar emotietheorie andere bestanddelen een rol kunnen spelen. Oordelen is niet alleen het aanvaarden van een (talige) propositie, maar is ook het aanvaarden van een zienswijze op de wereld, die niet in taal vervat hoeft te zijn. Door deze uitbreiding van het oordeelsbegrip kunnen de waardeoordelen evengoed veroorzaakt worden door gevoelens Nussbaum 2001, 125-129.

32 Stocker & Hegeman 1996.

persoonlijke kennis, om een persoonlijke inschatting van een specifieke situatie.³³ De emotie hangt samen met de inschatting door het subject van een object. De feiten die zintuiglijk worden waargenomen, worden bekleed met persoonlijke waarden en vormen in die gedaante een object van een emotie.³⁴

De betrokkenheid van het eigen belang van het subject is cruciaal voor het ontstaan van een emotie. Een belang is iets dat voor iemand van waarde is, dat hem raakt. Dit 'iets' kan het eigen welzijn, de eigen doelen, verlangens en normen zijn, maar ook het welzijn en de doelen, verlangens en normen van dierbaren, en het kan ook een hogere waarde zijn die iemand in ere houdt.³⁵ Anna wordt in haar belang getroffen wanneer zijzelf door een grommende hond bedreigd wordt, maar ook wanneer ze van een afstand ziet dat haar dochter door een grommende hond wordt bedreigd, en ook wanneer ze hoort van het voorgenomen beleid om alle loslopende honden af te maken om te voorkomen dat deze honden mensen bedreigen. Hier kom ik in §3 nog op terug.

De cognitieve inhoud van een emotie bestaat uit een persoonlijke inschatting dat een object relevant is voor de belangen van het subject.

2.2.2 Een emotie is intentioneel

Volgens de cognitieve emotietheorieën is het kenmerkend voor een emotie dat deze gericht is op een gebeurtenis of een object in de buitenwereld. Men spreekt dan over de *intentionaliteit* van emoties. Emoties gaan over iets buiten ons zelf: ik ben bang voor iets, jaloers op iets of iemand, ik houd van iets of iemand. Emoties hebben een object buiten het eigen lichaam.³⁶

Sartre beweert dat de meeste psychologen de objectgerichtheid van emoties verkeerd begrijpen. Zij vatten het op als iets dat nodig is om de emotie teweeg te brengen en vervolgens verdwijnt, zij bezien het object dus als een ontstaansoorzaak van de emotie. Maar dit is volgens Sartre, een veel te beperkte rol, want intentionaliteit betekent

(...) dat de emotie elk moment op het object terugkomt en zich eraan voedt. De vlucht in de angst, bijvoorbeeld, wordt beschreven alsof die vlucht niet vóór

33 Onder psychologen is de inschatting als oorzaak van een emotie omstreden, maar de inschatting als beschrijving van een emotie niet. Dit onderscheid laat ik verder rusten, maar geïnteresseerden kunnen terecht bij Frijda 2008, 110-140.

34 Frijda 2008, 15-18. Dit bedoelt Nussbaum ook als zij over een waardeoordeel spreekt Nussbaum 2001, 27-33; 49-56.

35 Frijda (1988)2001, 348; Frijda 2008, 141-175.

36 Door de objectgerichtheid van emoties kunnen deze worden onderscheiden van een stemming of een karaktertrek. De emotie is namelijk op een specifiek object gericht dan stemmingen en karaktertrekken, waarvan het object diffuser is. Liefde is altijd liefde van iemand (subject) voor iemand (object). Sombereheid is een stemming die geen specifiek object hoeft te hebben, maar veeleer een algemene mentale toestand is. De stemming en de karaktertrek bestaan los van een specifiek object.

alles een vlucht is *weg van* een bepaald object, alsof het ontvluchte object niet voortdurend in de vlucht zelf aanwezig blijft, als het thema, de bestaansgrond ervan, *als datgene waarvoor men vlucht* (...) In één woord: het geëmotioneerde subject en het emotionerende object worden in een onverbreekbare synthese verenigd. De emotie is een bepaalde manier om de wereld te begrijpen.³⁷

De emotie en het object zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden. De wereld doet zich aan het subject op een bepaalde manier voor zodat hij een emotie beleeft, maar de emotie bepaalt mede hoe het subject de wereld ervaart. Deze 'onverbreekbare synthese' schept een relatie tussen het subject en het object.³⁸ Anna is bang voor de gevaarlijke hond, omdat ze denkt dat deze haar in gevaar brengt. Wanneer Anna eenmaal bang is, is haar aandacht vooral gericht op de angstwekkende eigenschappen van de hond: zijn valse blik en blikkerende tanden. Zij kan niet meer zien dat hij leuke vlekjes op zijn snoet heeft.

De intentionaliteit van de emotie schept een relatie tussen het object en het subject die met betekenis beladen is, een betekenisrelatie.³⁹ Deze betekenis hangt samen met de persoonlijke inschatting door de het subject van het object en voedt deze inschatting tijdens de beleving.

2.2.3 Een emotie omvat een gedragsneiging

Een situatie, gebeurtenis of object wordt ingeschat als plezierig of onplezierig en als zodanig aanvaard of verworpen. De betekenis die het subject geeft aan het object vormt de context voor het tweede bestanddeel van de emotie, namelijk de gedragsneiging. Iemand beleeft een emotie wanneer er iets gebeurt dat relevant is voor zijn belang en waaraan iets gedaan moet worden.⁴⁰ Er is een neiging om te handelen.

Betekent dit dat een emotionele beleving altijd gepaard gaat openlijk, expressief emotioneel gedrag? Darwin stelde dat emoties gepaard gaan met automatische, emotionele expressies die een functie in de evolutie hebben gehad.⁴¹ Hierdoor geïnspireerd doet de Amerikaanse psycholoog Paul Ekman al jaren onderzoek naar de universaliteit van gelaatsexpressies. Het blijkt dat de gelaatsexpressies voor vreugde, verdriet, angst, verachting, opwinding, woede, verrassing, schaamte en afschuw in alle culturen herkend worden. Daarnaast zijn er een aantal biologische overeenkomsten tussen deze emoties. Uit deze gegevens trekt Ekman de conclusie dat er emoties zijn die een

37 Sartre (1939)1987, 86.

38 Vgl. Pott 1992, 79; Bersselaar 2003, 72-73.

39 Frijda (1988)2001, 348; Döring 2007, 372-373.

40 Frijda 1998, 11-17; Frijda 2008, 38-78. Anders Nussbaum 2001, 135-136.

41 Darwin 1965(1872).

afzonderlijke groep vormen binnen de categorie emoties: de basisemoties.⁴² Deze conclusie wordt in de psychologie niet breed gedragen, maar is ook niet heftig omstreden.⁴³ Meer omstreden is een andere conclusie die Ekman uit zijn onderzoek trekt, namelijk dat de functies van emoties zijn geëvolueerd voor zover ze van belang waren voor de overleving. Zo is het optrekken van de wenkbrauwen, het opensperren van de ogen en het naar achter trekken van de lippen de gelaatsexpressie van angst. Deze expressie trekt vanzelf over je gezicht als zich iets angstwekkends voordoet, tegelijk met de versnelde hartslag, het zweten en het bloed dat naar de grote beenspieren stroomt. Door de gelaatsexpressie zagen anderen dat iemand iets angstigs bespeurde, zodat de gelaatsexpressie in de loop van de evolutie nuttig is geweest, omdat ze, net als de versnelde hartslag en de bloedtoevoer naar de grote beenspieren, het mogelijk maakten om te vluchten. De emotionele beleving reflecteert, volgens Ekman, 'the wisdom of ages'.⁴⁴ In deze visie is de expressie een essentieel bestanddeel van de emotie. Een emotie is dan een zichtbare, automatische gedragsreactie op een prikkel, waarbij cognities maar een zeer bescheiden rol spelen.

Hoewel niemand de biologische oorsprong van emoties en hun belang voor de overleving ontkent, is deze conclusie omstreden omdat emoties (zoals angst, verdriet, spijt, medelijden of trots) op één lijn worden gesteld met driften (zoals overlevingsdrift, voortplantingsdrift, honger of dorst). Nussbaum bespreekt het onderscheid tussen emoties en driften – nadat zij overigens heeft uiteengezet dat dieren ook emoties hebben – door op drie verschillen te wijzen. Zij stelt dat driften objectgefixeerd zijn, waardeneutraal en dat ze betrekkelijk onafhankelijk van de buitenwereld ontstaan.⁴⁵ Laten we als voorbeeld honger nemen. Honger is altijd gericht op één object, namelijk voedsel, en staat helemaal los van de vraag of het object goed of waardevol is. De kwaliteit van voedsel wordt pas een overweging als er geen honger meer is. Daarom kunnen mensen die echt honger hebben uit een vuilnisbak eten, terwijl weldoorvoede burgers daarvan walgen. Een emotie is echter veel flexibeler wat betreft het object. Je kunt immers van een hond, een kind of van voetballen houden. Het gaat er bij een emotie juist om welke waarde het subject aan het object toekent. Emoties zijn dus minder objectgefixeerd en meer waardegeladen dan driften. Het derde verschil is dat honger ontstaat vanuit een lichamelijke toestand. Je hoeft geen voedsel te zien om honger te voelen – natuurlijk kan het hongergevoel of de trek in eten toenemen als je versgebakken brood ruikt of een lekker bord eten ziet, maar deze waarnemingen zijn niet noodzakelijk. Een emotie blijkt niet los te staan van een object

42 Ekman 1992b; Ekman 1992a.

43 Zie voor kritiek op de notie van de basisemoties bijvoorbeeld Ortony & Turner 1990.

44 Ekman 2003, 17-37.

45 Nussbaum 2001, 129-137.

in de buitenwereld of de verbeelding ervan. Iemand is boos op iets, bang voor iets of ergert zich aan iets. Een emotie is dus iets anders dan een drift. Het lijkt erop dat het biologisch-evolutionaire perspectief het verschil tussen driften en emoties miskent.

Ook in de opvatting van Frijda – en zelfs in die van Aristoteles – roepen emoties op tot actie (actiebereidheid). Betekent dit dat ook hij stelt dat een emotie altijd samengaat met expressief emotioneel gedrag? Neen, Frijda wijst op de relativiteit van de ‘actiebereidheid’ bij een emotie. De neiging om te handelen vertoont een glijdende schaal van intensiteit: van belangstelling voor of betrokkenheid bij het emotionerende object tot openlijk, impulsief gedrag. Is Jan verliefd op Marie, dan kan hij zijn contactwens nastreven door zich betrokken te voelen bij haar wel en wee, maar ook door belangstelling voor haar te tonen en door expressief gedrag zoals door steeds een foto van Marie op zak te dragen en die aan iedereen te laten zien, of door haar steeds vast te pakken, of door haar gedrag te spiegelen of door steeds haar aandacht te vragen. Elk van deze gedragingen heeft hetzelfde relationele doel (motief): dicht bij de geliefde zijn. Actiebereidheid, zegt Frijda, is de bereidheid om een bedoeling te verwezenlijken en niet de bereidheid om een bepaalde handeling uit te voeren. Het is de voorbereiding van een mogelijke handeling, deze voorbereiding kan zonder enige feitelijke beweging of spieractiviteit plaatsvinden.⁴⁶ Ondanks het feit dat een emotie tot handelen aanzet, is het voor een emotie dus niet vereist dat er voor anderen zichtbaar gedrag is. Dat wil zeggen dat het lichaam klaar gemaakt wordt om te handelen, maar dat de handeling niet perse hoeft te volgen.

2.2.4 Een emotie heeft een gevoelsinhoud

De stand van zaken tot nu toe is dat de cognitieve emotietheorieën het dus min of meer eens zijn over het volgende emotiebegrip: een emotie is een waardeerende overtuiging over een object in de wereld buiten het eigen lichaam waardoor het subject een neiging heeft de relatie met het object te behouden of te wijzigen. Zij zien een emotionele beleving als een persoonlijke visie op de wereld. Toch bevredigt deze omschrijving van emoties me nog niet helemaal. De definitie van emotie als ‘een waardeerende overtuiging over een object in de wereld’ past immers ook op niet-emotionele reacties op een object. Marie heeft medelijden met de slachtoffers van de aardbeving die Haïti in januari 2010 trof. Medelijden ontstaat door het besef van de uitzichtloze situatie waarin de slachtoffers buiten hun schuld zijn verzeild geraakt. De situatie van de slachtoffers in Haïti is uitzichtloos: niet alleen zijn er ruim 200.000 slachtoffers gevallen en zijn zeker 700.000 mensen dakloos geworden, maar daarnaast is de infrastructuur van de toch al zwakke staat vernietigd. Toch

⁴⁶ Frijda 2008, 55-63.

lijkt het even goed denkbaar dat Karin zonder enige emotie te ervaren, de opvatting heeft dat de slachtoffers van de aardbeving in Haïti buiten hun schuld in een uitzichtloze situatie terecht zijn gekomen. Je kunt blijkbaar dezelfde opvatting hebben met en zonder emotionele beleving. We zien dus toch nog een bestanddeel van een emotionele beleving over het hoofd.

De Engelse analytische filosoof Peter Goldie heeft belangrijke bijgedragen geleverd aan het debat over emoties. Goldie heeft in zijn cognitieve emotietheorie een plaats ingeruimd voor gevoelens.⁴⁷ Hij introduceert het begrip 'feeling towards' dat ik zal vertalen met 'waarderend gevoel'.⁴⁸ Hij onderscheidt lichamelijk gevoel en waarderend gevoel. Onder lichamelijk gevoel verstaat hij – net als anderen – het gevoel van een bepaalde lichamelijke staat bijvoorbeeld het gevoel van misselijkheid, versnelde hartslag en klamme handen bij angst, maar ook het gevoel dat de wind door je haren strijkt, het gevoel van de streling over je rug. Dit valt allemaal onder de categorie lichamelijke gevoel. Lichamelijk gevoel heeft een intern object, namelijk het eigen lichaam. Het gaat om de waarneming van de staat waarin het eigen lichaam verkeert.⁴⁹ Het lichamelijke gevoel is – ook in ogen van Goldie – geen noodzakelijk bestanddeel, want er zijn emoties die niet gepaard gaan met lichamelijke veranderingen, zoals liefde, spijt en tevredenheid. Tot zover niets nieuws.

Het concept 'waarderend gevoel' is echter wel vernieuwend.⁵⁰ Het waarderende gevoel staat – anders dan het lichamelijke gevoel – direct in verband met een object in de wereld. Bij kennisverwerving door een emotie is, volgens Goldie, het hele wezen betrokken. Zowel de bij de emotie betrokken overtuigingen, als de gevoelens zijn intentioneel en verschaffen het subject informatie over een object in de wereld. Net als de overtuiging schat het gevoel dit object in. Er is sprake van een persoonlijk aanvoelen van een object in de wereld.

Dit waarderende gevoel is cruciaal voor een complex cognitief emotiebegrip. Eerder bleek al dat de intentionaliteit van emoties cruciaal is in de cognitieve emotietheorieën (§2.2.2). Als een emotie meerdere bestanddelen bevat, kunnen meerdere bestanddelen intentioneel zijn. In de meeste cognitieve emotietheorieën deelt men de intentionaliteit van de emotie toe aan het cognitieve bestanddeel, namelijk aan de waarderende overtuiging. De overtuiging is immers een inschatting van een object in de wereld en is dus intentioneel. We bedenken of weten dat een stier gevaarlijk is, of dat we hem

47 Goldie 2000.

48 Goldie hanteert het begrip 'feeling towards' (Goldie 2000, 58-62; Goldie 2002a, 241-247). Andere benamingen voor waarderend gevoel zijn onder meer 'psychic feelings' (Stocker 1983); 'object-directed affect' (Greenspan 1993, 7-8); 'judgments of the body' (Solomon 2004).

49 Goldie 2000, 51-58; Goldie 2002a, 236-241.

50 Andere auteurs die een concept dat lijkt op waarderend gevoel hanteren, zijn o.a. Greenspan, Stocker, Solomon ná 2004.

gevaarlijk vinden. We bedenken of weten dat een pasgeboren baby kwetsbaar is, of dat we hem kwetsbaar vinden. De overtuiging dat er gevaar is, maakt ons bang; de overtuiging dat iets kwetsbaar is, vertedert ons of activeert ons verantwoordelijkheidsgevoel. In deze opvatting over de intentionaliteit van emoties is er alleen een betekenisrelatie tussen het object en het denken of weten van het subject, want de aanhangers van deze opvatting gaan ervan uit dat alleen denken intentioneel kan zijn.⁵¹

Het is echter belangrijk om voor ogen te houden dat in de cognitieve theorieën de mens als een actieve informatieverwerker wordt beschouwd. De cognitieve emotietheorie heeft daaruit de conclusie getrokken dat een emotionele beleving een mentaal kennisverwervings- en kennisverwerkingsproces is. Dit betekent dat volgens de cognitieve emotietheorieën de mens ten minste over drie verschillende vermogens beschikt om kennis te verwerven en te verwerken: de ratio, de waarneming en de emotie. Volgens de cognitieve emotietheorieën is een emotionele beleving intentioneel. Wanneer zij vervolgens de intentionaliteit opvatten als een capaciteit die gereserveerd is voor het denken (de ratio), dan blijft de kennisverwervende capaciteit van een emotie een capaciteit van het denken of het waarnemen. Wat voegt de emotionele beleving dan toe aan de kennis over het object die door het denken ontstaat? Dan zouden we de bronnen van kennis dus toch weer terug kunnen brengen tot denken en waarnemen.

Goldie gebruikt een gedachte-experiment om de intentionaliteit van het gevoel aannemelijk te maken. Irene is een wetenschapper die alles weet van ijs. Zij kent alle eigenschappen ervan, ook de gevaarlijke. Laat haar een bevroren watervlakte zien en zij zal meteen op allerlei eigenschappen van de ijsvlakte wijzen: ze zal aan kunnen geven hoe dik en hoe hard het ijs is, ze zal de zwakke plekken in het ijs kunnen aanwijzen, kunnen uitleggen hoe de zwakke plekken ontstaan zijn en kunnen vertellen welke gevaren die zwakke plekken opleveren. Op een dag leert Irene schaatsen. Zij valt verschillende keren. Op een gegeven moment valt ze vlak bij een wak. Ze hoort het ijs kraken, ziet de scheuren op zich af komen en ziet het water door de scheuren omhoogkomen. Gelukkig weet ze op tijd weg te komen.

Vóór deze gebeurtenis wist ze alles van de gevaarlijke eigenschappen van ijs, ze wist dat gevaar een oorzaak van angst kan zijn en ze wist dat angst tot een bepaald gedrag kan leiden. Na de val is deze kennis veranderd: ze weet nu van binnenuit wat het is om bang te zijn door de gevaren van ijs. Het concept

51 Aanhangers van deze opvatting zijn bijvoorbeeld: Nussbaum, Solomon vóór 2004. In zijn werk van vóór 2004 wijst Solomon gevoelens af als essentieel bestanddeel van emoties, zie bijvoorbeeld Solomon 1980, 274. In 2004 blijkt Solomon van opvatting veranderd te zijn: niet alleen de overtuiging, maar ook gevoelens zijn essentieel voor een emotionele beleving; niet alleen de overtuiging, maar ook de gevoelens bij een emotionele beleving hebben een object en zijn intentioneel, Solomon 2004, 84-87.

‘de gevaren van ijs’ heeft een andere inhoud gekregen. Van een theoretisch concept is het veranderd in een beleefd concept, een concept dat zijn inhoud mede ontleent aan Irenes persoonlijke ervaringen. Haar angst voor ijs bevat niet alleen de overtuiging dat ijs gevaarlijk is omdat je er doorheen kunt zakken, maar ook intentionele gevoelens van angst over de gevaren van het ijs, omdat ze heeft ervaren hoe beangstigend ijs kan zijn.⁵² De val op het ijs heeft voor Irene het verband gelegd tussen het gevaar van het ijs en haar zorg om zonder schade weg te komen.⁵³ Het is een betrokken oordeel geworden: een oordeel waarbij de eigen belangen en waarden betrokken zijn. Zo legt de beleving van de gevaren van ijs verband tussen de theoretische kennis (denken), de kennis die door de waarneming is ontstaan (tast, gehoor, zicht) en de persoonlijke belangen en waarden van het subject (emotie).

Het gaat bij een emotionele beleving niet om een intentionele overtuiging met een beetje niet-intentioneel lichamelijk gevoel. Het intentionele gevoel is – in tegenstelling tot het lichamelijke gevoel – essentieel voor een emotie.⁵⁴ Het maakt dat de emotionele beleving van een situatie inderdaad wat anders is dan denken over dezelfde situatie.⁵⁵ Het maakt uit of iemand schreeuwt of schreeuwt uit woede of frustratie; of iemand vrijt of vrijt uit liefde; of iemand hard rent of vlucht uit angst. De emotionele beleving van een situatie onderscheidt zich van denken of oordelen over een situatie juist door de onverbreekelijke band tussen de waarderende overtuiging en het gevoel dat eigen belang of waarden betrokken zijn.

Door een emotionele beleving wordt een object in de wereld door het denkende en voelende subject ingeschat. Dat het om de wisselwerking tussen een rationele en een emotionele inschatting gaat, verklaart waarom mensen bang kunnen zijn om te vliegen, terwijl ze weten dat vliegen een relatief veilige manier van vervoer is. Iemand kan bang zijn om te vliegen omdat hij zich dan te afhankelijk voelt van anderen, of omdat hij niet tegen grote ruimtes kan en hij zijn eigen nietigheid ervaart wanneer hij 10 kilometer onder zich heeft en een oneindigheid boven zich. De manier waarop het subject het object ervaart is persoonlijk, is namelijk afhankelijk van de belangen, de waarden en de ervaringen van het subject.

Of de manier waarop het emotionele object ervaren wordt een adequate weergave van de werkelijkheid is, is voor de analyse van de emotie en de infor-

52 Goldie 2002a, 244-245.

53 Döring 2007, 373.

54 Goldie 2000, 40-41.

55 Nussbaum miskent dit kenmerkende onderscheid door intentioneel gevoel zonder veel argumentatie bij de oordelen onder te brengen: ‘On the one hand, there are feelings with a rich intentional content (...) Feelings like these may enter into the identity conditions for some emotions; but the word “feeling” now does not contrast with our cognitive words “perception” and “judgment”, it is merely a terminological variant of them.’: Nussbaum 2001, 60.

matie die we aan de emotie ontlelen niet relevant. Het is hoogstens interessant voor de rechtvaardiging van de emotie. Wanneer Anna bang is voor een muis, dan ervaart zij deze muis als beangstigend, misschien omdat zij bang is om te schrikken en muizen nu eenmaal onverwachte bewegingen maken. Dat deze situatie in feite geen gevaar oplevert, is niet relevant voor haar angst. Als buitenstaander kun je misschien constateren dat Anna's angst niet gerechtvaardigd is, maar dat maakt voor haar beleving van de situatie niet uit.

2.2.5 *Relatie tussen de bestanddelen*

Wanneer een theorie een emotiebegrip hanteert dat bestaat uit verschillende bestanddelen, moet deze ook de relatie tussen de bestanddelen verklaren. De meeste emotietheorieën stellen echter dat een emotie uit verschillende bestanddelen bestaat en dat een emotie een intentionele inhoud heeft, maar hoe deze constatering samenhangen wordt vaak niet uitgewerkt. In een poging om inzicht te krijgen in de relatie tussen de emotiebestanddelen zal ik een emotionele beleving vergelijken met een zintuiglijke waarneming.⁵⁶

Natuurlijk is een emotionele beleving geen zintuiglijke waarneming. De verschillen zijn immers duidelijk – zo hebben emoties geen orgaan, geen sensorische zenuwcellen – toch zijn er ook overeenkomsten. Zowel de zintuiglijke waarneming als de emotie hebben een intentionele inhoud waardoor beide – naast het denken – een unieke bijdrage leveren aan iemands interpretatie van de wereld om hem heen. Een subject kan zich een emotie net als een zintuiglijke waarneming irreflexief bewust zijn. Dit wil zeggen dat het bewustzijn van het subject niet gericht hoeft te zijn op de emotie of de zintuiglijke waarneming, maar dat de informatie van de verschillende vormen van waarneming wel tot hem doordringen. Een zintuiglijke waarneming is net als een emotie een waarneming van de wereld waarbij het subject actief betrokken is. Een emotionele beleving is de waarneming van de waarde van een object voor het eigen belang van het object. In deze waarneming werkt het denken samen met het voelen. Het voelen voegt eigen betekenis, een eigen interpretatie toe aan het waardeoordeel, de overtuiging en vice versa. Tussen de bestanddelen van een emotie bestaan dan ook geen simpele causale relaties, maar betekenisrelaties. Gevoel, denken en gedrag voorzien elkaar van betekenis.⁵⁷

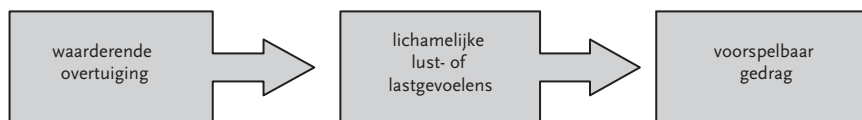
2.3 *Het emotiebegrip van Aristoteles vertoont beperkte overeenkomsten met het complexe cognitieve emotiebegrip*

De bestanddelen die Aristoteles in zijn emotiebegrip onderscheidt, komen – zij het met enige nuancering – overeen met de bestanddelen van het complexe

⁵⁶ Zie ook Sousa 1980; Döring 2007, 374-377.

⁵⁷ Zie ook Frijda 2008, 13.

cognitieve emotiebegrip. De analyse uitgevoerd in Hoofdstuk 3 laat zien dat een emotie volgens Aristoteles bestaat uit de drie bestanddelen, verbonden door causale verbanden.



Relatie tussen bestanddelen volgens Aristoteles

In de complexe cognitieve emotietheorie herkennen we ongeveer dezelfde bestanddelen, zij het met de volgende nuance. Een emotie bestaat uit een *waarderende overtuiging* over een object in de wereld buiten het eigen lichaam en een *waarderend gevoel* over hetzelfde object waardoor het subject een *neiging* heeft *de relatie met het object te behouden of te veranderen*. De waarderende overtuiging is niet beperkt tot een rationele overtuiging, maar er valt ook een (irreflexieve) inschatting van de werkelijkheid onder,⁵⁸ bovendien zijn lichamelijke gevoelens geen noodzakelijk bestanddeel voor het ontstaan van een emotionele beleving, maar het waarderende gevoel wel. De moderne emotietheorie heeft het denken over de bestanddelen dus wel verfijnd, zodat ze meer recht doen aan de complexiteit van de emoties zoals dit door het subject wordt ervaren.

De overtuigingskracht van emoties wordt door moderne emotietheorieën echter niet verklaard uit het causale verband tussen de bestanddelen van een emotie. Dat Aristoteles een causaal verband legt tussen de bestanddelen van een emotie blijkt uit zijn algemene omschrijving van emoties: ‘aandoeningen waardoor mensen een ommekeer doormaken en daardoor tot verschillende oordelen komen, en die gepaard gaan met pijn of genot’.⁵⁹ Overtuiging en gevoel veroorzaken dus een gedragswijziging. Woede veroorzaakt pijn en veroorzaakt de neiging om pijn met pijn te beantwoorden. Door dit verband tussen overtuiging via gevoel naar gedrag is een emotie doelgericht: het doel van woede is wraak, het doel van angst is veiligheid, het doel van wedijver is erkenning. Dit gedrag (deze neiging tot wraak, veiligheid, erkenning) is specifiek voor deze emotie (woede, angst, jaloezie) en heeft een voorspelbaar doel (wegnemen van de last, laten duren van lust).

⁵⁸ Vergelijk Pott 2008, 94-96.

⁵⁹ Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1378a: 21-23. In de vertaling van Freese: ‘The emotions are all those feelings that so change men as to affect their judgement, and that are also attended by pain or pleasure.’ In de vertaling van Fortenbaugh: ‘The emotions are all those (feelings) on account of which men so change as to differ in judgement, and which are accompanied by pain and pleasure: for example, anger, pity, fear and all other such emotions and their opposites.’ Aristotle (ong. 345 vC) 1975, 103.

Volgens Aristoteles is er niet alleen een oorzakelijk verband tussen de overtuiging en de emotie, maar er is ook tussen de emotie en de pijn of het genot, anders gezegd: tussen de emotie en het gevoel. In de definitie die Aristoteles van emoties geeft in de *Eudemian Ethics* verwijst hij expliciet naar de ‘sensory pleasure and pain’. Als hij over gevoel spreekt, bedoelt hij kennelijk lichamelijke gevoelens van pijn of plezier.⁶⁰ Deze last- of lustgevoelens worden opgewekt door bij de toehoorder een bepaalde overtuiging te laten postvatten. Iemand minacht je of iemand is onverdiend hoog op de maatschappelijke ladder gestegen of iemand wordt onverdiend getroffen door ellende. De overtuiging is de oorzaak van de pijn en het genot, dat zintuiglijk wordt gevoeld. De emotie angst ontstaat doordat iemand de overtuiging heeft dat er gevaar dreigt, deze overtuiging wordt zintuiglijk gevoeld als een soort pijn. De emotie wordt dus veroorzaakt door een gedachte die pijn of genot (een gevoel) tot gevolg heeft. Het gevoel is een gevolg van de overtuiging en valt daar niet mee samen.⁶¹ Deze overtuiging veroorzaakt een onaangenaam gevoel dat het subject wil wegnemen. Emoties hebben overtuigingskracht omdat de pleiter de toehoorder alleen hoeft te overtuigen, waarna er een lust- of lastgevoel wordt veroorzaakt dat specifiek gedrag teweegbrengt.

In de complexe cognitieve emotietheorie is het intentionele waarderende gevoel een noodzakelijke voorwaarde voor een emotie, terwijl lichamelijke gevoelens bijkomende verschijnselen zijn.⁶² De intentionaliteit van overtuiging en gevoel maken de relaties tussen subject en object tot betekenisrelaties, omdat overtuiging en gevoel het emotionerende object een bepaalde betekenis toedichten. Welke betekenis is afhankelijk van de persoonlijke geschiedenis, de waarden en motieven van het subject. De relaties tussen de bestanddelen onderling en tussen de bestanddelen en het object blijken geen causale relaties te zijn, maar alle relaties tussen het subject, de bestanddelen van de emoties en het object blijken betekenisrelaties te zijn. Wanneer iemand boos is op een ander, wordt hij niet overvallen door een irrationele kracht, maar reageert hij doelbewust op grond van de overtuiging en het gevoel dat de ander hem onterecht minacht, negeert of onheus bejegent. Deze inschatting kan fout zijn en daardoor leiden tot onredelijk gedrag, maar het gedrag is gebaseerd op een opvatting over een situatie die onder kritiek

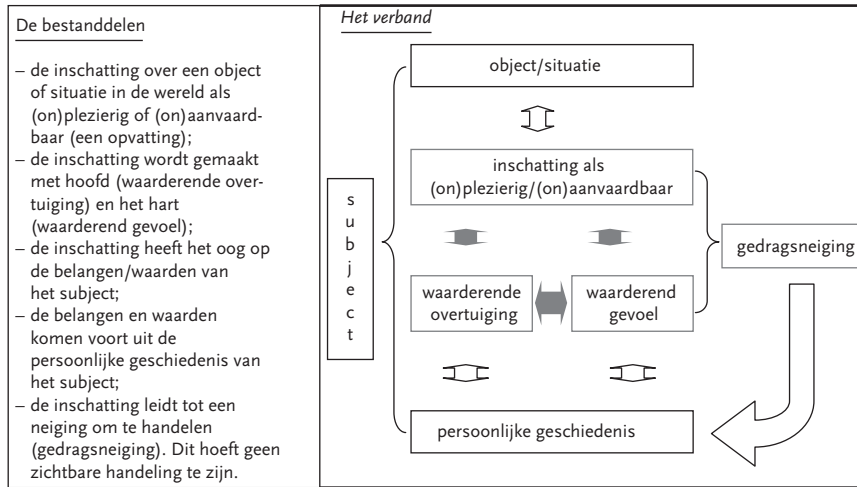
60 Eudemian Ethics, 1220b (12-15): ‘Emotions are such things as rage, fear, shame, appetite and generally things that are in themselves accompanied for the most part by sensory pleasure and pain.’

61 Fortenbaugh 2002, 111.

62 Terwijl in andere cognitieve emotietheorieën er verschillende opvattingen zijn over de rol van het gevoel bij emoties. Deze opvattingen lopen uiteen van: gevoelens zijn niet van belang, want de overtuiging is de noodzakelijke en voldoende voorwaarde voor een emotie (Nussbaum) tot gevoelens zijn naast cognities noodzakelijke voorwaarden voor het ontstaan van emoties (Damasio). In beide opvattingen bedoelt men met gevoelens, lichamelijke gevoelens.

gesteld kan worden en mogelijk door argumenten veranderd kan worden en is in ieder geval niet irrationeel.⁶³

De betekenis die een subject toedicht aan het emotionerende object is afhankelijk van de persoonlijke geschiedenis en de belangen van het subject (hierover meer in de volgende paragraaf). Uit het onderstaande schema blijkt dat de verbanden tussen de verschillende bestanddelen ingewikkelder zijn dan Aristoteles dacht.⁶⁴



Het complexe cognitieve emotiebegrip

In Aristoteles' retorica is een emotie een effectief overtuigingsmiddel omdat het opwekken van een specifieke overtuiging leidt tot passende gevoelens die tot voorspelbaar gedrag leiden. Naar moderne inzichten zijn de verbanden tussen de verschillende bestanddelen van een emotie veel complexer, waardoor het effect van een emotioneel overtuigingsmiddel minder voorspelbaar blijkt dan Aristoteles veronderstelde. Er moet dan ook naar een andere verklaring gezocht worden voor de overtuigingskracht van emoties.

63 Vgl. Fortenbaugh 2002, 17-18; Pott 2008. Was dit niet zo, dan waren cognitieve therapieën niet mogelijk.

64 In de psychologische literatuur werkt men met schema's die veel ingewikkelder zijn dan dit schema. Zie bijvoorbeeld voor een algemeen schema van een emotionele beleving Frijda (1988)2001, 473; en voor een schema van de specifieke emotie bezorgdheid Power & Dalgleish 2008, 194-195.

3. De overtuigingskracht van emoties berust op hun functie bij de informatieverwerving en -verwerking

De verklaring voor de overtuigingskracht van emoties kan kennelijk niet gevonden worden in wat emoties *zijn*. Daarom nu aandacht voor wat emoties *doen*. In de complexe cognitieve emotietheorie blijken emoties overtuigingskracht te hebben omdat ze functioneel zijn. Een van de belangrijke functies van emoties is dat ze het subject informatie over de wereld verschaffen, net als het denken of de zintuiglijke waarneming, en dat ze het subject klaar maken om naar die kennis te handelen. Welke informatie ze opleveren, is minder duidelijk. Hier wreekt zich het feit dat er (nog?) geen algemene cognitieve emotietheorie is, maar dat elke schrijver zijn eigen theorie ontwikkelt die een klein beetje afwijkt van de mening van een andere auteur. Omdat de verschillen vaak erg subtiel zijn en de discussie, waarin de subtiliteiten relevant zijn, meestal erg specialistisch is, concentreer ik me zo veel mogelijk op de hoofdlijnen die ik in de cognitieve emotieliteratuur heb kunnen vinden.

Bij mijn zoektocht naar de informatie die we aan een emotionele beleving ontlenu, heeft als uitgangspunt gediend de suggestie van De Sousa dat '(...) the emotions present us with an entire information processing system on its own, a parallel representational system for understanding the world'.⁶⁵ In de geciteerde zin spreekt De Sousa van een 'parallel representational system' en achter het woord 'representational' schuilt een hele discussie over de aard van waarnemingen, waar ik verder buiten wil blijven. Toch is dit citaat voor dit onderzoek belangrijk geweest omdat het mij op het idee bracht dat emoties kennis van een eigen aard opleveren naast de andere bronnen van kennis (waarneming en denken).

De informatieverwervende functie van emoties blijkt uiteen te vallen in de epistemologische en de empathische functie. Deze rollen worden in het vervolg van dit hoofdstuk nader verkend. Naast de informatieverwervende functie blijken emoties een schijnwerper- en een beslisfunctie te vervullen. Ook deze functies worden nader onderzocht in deze paragraaf. Vervolgens zal ik in Hoofdstuk 5 de vraag onderzoeken op welke manier deze emotionele informatie relevant is bij de (rechterlijke) oordeelsvorming. Dan zal blijken dat emoties nog een vijfde functie vervullen: de brugfunctie.

3.1 Aard van emotionele kennis

Net als de consensus ontbreekt over het concept emoties, zo is er geen kennistheorie van de emotionele beleving. Men spreekt over het verstand en de waarneming als bronnen van kennis; men spreekt over rationele en

⁶⁵ Sousa 2004, 68.

empirische kennis; over talenkennis, wetenschappelijke kennis, vakkennis, voorkennis, zelfkennis; maar men spreekt niet over emotionele kennis of over emoties als bron van kennis. Het is onmogelijk om in verband met dit onderzoek dit hele kennisdomein in kaart te brengen. Toch wil ik proberen de aard van emotionele kennis te typeren, om enig zicht te krijgen op wat emotionele kennis uniek maakt.

Laat ik eerst emotionele kennis proberen te onderscheiden van enerzijds theoretische kennis en anderzijds praktische kennis. Onder theoretische kennis versta ik het geheel van betekenissen, begrippen en methoden die men juist acht en die richting geven aan het handelen. Onder praktische kennis versta ik het vermogen om te handelen met de theoretische kennis. Om de verschillen duidelijk te maken tussen theoretische, praktische en emotionele kennis, maak ik gebruik van twee andere onderscheidingen die ik eerst kort zal introduceren.

Ten eerste het onderscheid tussen expliciete, impliciete en stilzwijgende vormen van kennis.⁶⁶ Expliciete kennis kan in woorden worden uitgedrukt, wordt bewust geleerd en is kritisch te bevragen. Impliciete kennis is expliciete kennis die routinematig wordt aangewend en die we alleen met moeite weer expliciet kunnen maken en in woorden uit kunnen drukken. Stilzwijgende kennis is de kennis die nodig is om ex- en impliciete kennis toe te passen en die we verwerven door het deelnemen aan concrete situaties. Het concept van de stilzwijgende kennis is geïntroduceerd door Polanyi. Hij beschrijft deze ‘tacit knowledge’ als de kennis die mensen vergaren door dingen te doen en te ervaren.⁶⁷

When I am riding a bicycle (...) I do not know the particulars of my knowledge and therefore cannot tell what they are; when on the other hand I know the topography of a complex three-dimensional aggregate, I know and could describe its particulars, but cannot describe their spatial interrelations (...) We may say in general that by acquiring a skill, whether muscular or intellectual, we achieve an understanding which we cannot put into words (...).⁶⁸

Het is niet-talige kennis en daardoor kennis waarover we niet of moeilijk kunnen reflecteren.

Het tweede onderscheid ontleen ik aan Ryle, die de inhoud van de kennis onderscheidt in *weten wat* en *weten hoe*. Om aan te tonen dat de scheiding tussen lichaam en geest absurd is, maakt hij onderscheid tussen *weten wat* en

66 Zie ook Hartendorp 2008, 152-156.

67 Polanyi 1959, 14. Andere vertalingen van ‘tacit knowledge’ zijn onbewuste kennis of onontstembare kennis. Mijn voorkeur gaat uit naar de meer letterlijke vertaling omdat deze zichtbaar maakt dat het om niet-talige kennis gaat.

68 Polanyi 1958, 90.

weten hoe.⁶⁹ In de door Ryle bestreden traditionele opvatting heeft de geest de taak om kennis te verwerven en te verwerken (weten dat of weten wat)⁷⁰ en het lichaam de taak om te handelen (weten hoe). Rationeel handelen zou dan steeds vooraf gaan door rijp intern beraad in de geest over de toepasselijke voorschriften en daarna zou het lichaam deze voorschriften uitvoeren. Hij noemt dit schamper de mythe van 'the Ghost in the Machine'.⁷¹ Ryle stelt dat bij deze voorstelling van zaken onder meer de vraag rijst hoe lichaam en geest met elkaar communiceren. Zijn conclusie is dan ook dat lichaam en geest niet gescheiden kunnen worden en dat mensen voor intelligent gedrag zowel moeten *weten wat* ze moeten doen (welke maatstaven moeten ze in acht nemen) als *weten hoe* ze dat moeten doen. Aangezien er geen scheiding is van lichaam en geest, is geen van beide vormen van kennis het exclusieve domein van het lichaam of van de geest. *Weten wat* en *weten hoe* kunnen we dus wel onderscheiden, maar niet scheiden.

Het onderscheid tussen theoretische kennis en praktische kennis valt niet samen met het onderscheid *weten wat* en *weten hoe*. Praktische kennis omvat beide. Scruton voegt hier nog aan toe dat praktische wijsheid meer omvat dan *weten wat* en *weten hoe*. Hij vraagt zich af wat mensen bedoelen als ze zeggen: 'ik weet wat me te doen staat.' Dit wordt niet gedekt door *weten wat* want je kunt alles over een situatie weten en toch niet weten wat je te doen staat, toch niet weten hoe je moet handelen en welke handeling je moet uitvoeren. Wanneer Jan moet beslissen welk huis hij koopt, kan hij lijsten maken met de eisen waaraan het ideale nieuwe huis moet voldoen en vervolgens lijsten maken van alle voor- en nadelen van elk huis, en toch nog steeds niet weten welk huis te kopen. Het wordt ook niet gedekt door *weten hoe*. Jan kan nog zo vaardig zijn in het opsporen van aantrekkelijke huizen en in het beoordelen van de voor- en nadelen van een huis en toch nog steeds niet weten wat te doen. Scruton oppert dat er sprake is van *weten waartoe*: hij bedoelt dat iemand kennis heeft van het doel wat hij wil bereiken en de middelen die hij daartoe het beste in kan zetten.⁷² Pas met de kennis over welke eigenschappen van het huis voor zijn doelen van belang zijn, kan Jan bepalen wat hem te doen staat. Kan hij bepalen welk huis hij koopt. Volgens Scruton omvat praktische wijsheid *weten wat*, *weten hoe* en *weten waartoe*.

En juist bij dit laatste aspect van praktische kennis spelen emoties een hoofdrol. Immers door de emotionele beleving wordt verband gelegd tussen de wereld om ons heen en het eigen belang, de eigen waarden en motieven van het subject. Vooral emotionele kennis biedt inzicht in de motieven en

69 Ryle (1949)1971, 32-33.

70 Knowing that wordt meestal vertaald met weten dat. Mijn voorkeur heeft de wat vrijere vertaling weten wat omdat deze duidelijker aangeeft dat het om inhoudelijke kennis gaat.

71 Ryle (1949)1971, 20.

72 Scruton 1980, 520-524.

waarden van onszelf en van anderen. Er is dan ook geen praktische kennis zonder emotionele kennis.⁷³ Praktische kennis omvat *weten wat* en *weten hoe*, en emotionele kennis voegt hier *weten waartoe* aan toe.

De andere verschillen tussen theoretische, praktische en emotionele kennis blijken uit het onderstaande schema. Niet alleen de vorm en de inhoud van de kennis lopen uiteen, maar de kennis is gericht op een ander object en met een ander doel, en wordt op een andere manier verworven.

	Theoretische kennis	Praktische kennis	Emotionele kennis
Object	materiële wereld	handeling	inschatting van een situatie
Doel	gerechtvaardigde opvatting	waardevolle toepassing	verband leggen met persoonlijk(e) belangen/ waarden
Bron	taal	(observatie van) handelen	persoonlijke geschiedenis
Vorm	expliciete kennis	ex- en impliciete kennis	stilzwijgende kennis
Inhoud	weten wat	weten wat & hoe	weten waartoe

Vergelijking verschillende kennissoorten

Tussen de kennissoorten staan geen lijnen omdat het onderscheid niet strikt is. De verschillende kennissoorten bestaan niet los van elkaar. Praktische kennis is mede gebaseerd op theoretische kennis en op emotionele kennis, en alle kennissoorten voeden elkaar. Ook de wetenschapsfilosoof McAllister suggereert in zijn inleiding bij de bundel over dilemma's in de wetenschap dat emotionele kennis iets toevoegt aan de andere kennissoorten:

Work on emotions over the last twenty years has undermined the view that emotions are merely the antagonists of cognition and rationality. Instead, the view has gained ground that reliance on emotional responses is a necessary condition for making sound interferences and decisions in many circumstances. The contribution of the emotion system is most important for interferences and decisions of a practical nature where the relevant values and information are not complete or not consistent (...)⁷⁴

De verschillende kennissoorten vullen elkaar aan. Uit het voorbeeld van Irene de ijskoningin (§2.2.4) is al gebleken dat door een emotionele beleving theoretische kennis wordt verrijkt met informatie die Irene opdoet door het beleven van de emotionerende gebeurtenis. Ná haar val denkt Irene anders over de gevaren van het ijs; ze denkt er nu aan met gevoelens van angst. Er is verband gelegd tussen het gevaar van het ijs en haar belang om veilig weg te komen. Door de emotionele beleving kan ze voortaan met gevoel denken aan de gevaren van ijs. Het theoretische, onpersoonlijke perspectief is vervangen

⁷³ Zie ook Bailey 1983, 24.

⁷⁴ McAllister 2007, 22.

door een persoonlijk, beleefd perspectief. Hoe zij deze gebeurtenis beleeft is onder meer afhankelijk van de persoonlijke geschiedenis van Irene. Welke angstige ervaringen heeft ze eerder gehad, hoe is in het verleden gereageerd op haar angst, hoe gaat men in haar cultuur met angst om; al dit soort elementen bepalen mede hoe Irene haar emotie ervaart. Door de emotionele beleving wordt de theoretische kennis beleefd en gekleurd door de persoonlijke geschiedenis, de persoonlijke belangen en waarden.

Een emotionele beleving voegt aan de theoretische en praktische kennis, emotionele kennis waardoor er een verband wordt gelegd met de eigen belangen en waarden. Het maakt een oordeel over een situatie tot een *betrokken oordeel* (zie voor *betrokken oordeelsvorming* Hoofdstuk 6 §2).

3.2 *Epistemologische functie van emoties*

Emoties leveren het subject dus specifieke kennis op over de belangen en de waarden die bij de situatie betrokken zijn en over wat het is om in een situatie een emotie te beleven en tot welke gedragsneiging dat leidt. In deze paragraaf wil ik deze vormen van emotionele kennis verder verkennen.

3.2.1 *Normatieve kennis*

Een emotionele beleving geeft aan wat de waarden, belangen zijn van het subject en geeft aan wat de waarde is van een object. Deze epistemologische relatie tussen emoties en waarden wordt breed erkend in de cognitieve emotietheorieën. Stocker⁷⁵ stelt dat emoties en waarden onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn en Nussbaum laat emoties zelfs samenvallen met waardeoordelen.⁷⁶ Ook minder 'streng' cognitieve emotietheoretici erkennen dat emoties kennis opleveren over de waarde die een object heeft voor de doelen van het subject.⁷⁷

Een emotionele beleving levert de geëmotioneerde dus informatie over twee zaken, namelijk over de waarde van het object en de waarden van het subject. Kennis over de waarde die een object voor de geëmotioneerde heeft. Dit hangt samen met de intentionaliteit van emoties. Emoties gaan

⁷⁵ Stocker 2002, 65.

⁷⁶ Vooral Nussbaum en Solomon stellen emoties aanvankelijk gelijk met waardeoordelen. Volgens Nussbaum is oordelen het aanvaarden of verwerpen van een propositie (Nussbaum 2001, 19-88). Nussbaum rekt in de loop van haar verhandeling het begrip oordelen echter zo op, dat het verschil met de complexe emotietheorie niet meer zo groot is: oordelen hoeven niet talig te zijn, maar omvatten cognitieve activiteiten in allerlei vormen waarmee het belang van een object wordt vastgesteld (Nussbaum 2001, 127-129, 230-235). Solomon nam aanvankelijk ook een streng standpunt in, maar heeft dit later genuanceerd door – net als Nussbaum – het begrip oordelen te verbreden: 'Thus the judgments that I claim are constitutive of emotion may be nonpropositional and bodily as well as propositional and articulate' (Solomon 2004, 88).

⁷⁷ Bijvoorbeeld Pott 1992, 114-124; Goldie 2000, 28-37; Frijda 2008, 18-20, 141-175.

immers over de waardering van iets dat buiten het subject ligt. Piet is niet teleurgesteld in iemand die hij niet respecteert, niet verdrietig wanneer een waardeloos horloge is gestolen, niet trots op de prestaties van iemand die hij onbelangrijk vindt. Zijn teleurstelling, verdriet en trots tonen de waarden die hij hecht aan het object.

Tegelijkertijd tonen deze voorbeelden aan dat een emotie kennis oplevert over de waarden van het subject. Piets verdriet over het gestolen horloge laat bijvoorbeeld zien hoe belangrijk hij materieel bezit vindt, of hoe belangrijk hij de herinnering aan zijn vader vindt die dit horloge tot zijn dood droeg. Met de normatieve kennis die een emotie oplevert, wordt dus niet alleen bedoeld dat de emotie aangeeft welke waarde een object voor een subject heeft,⁷⁸ maar ook dat de waarden die een subject huldigt, bepalen welke emoties hij zal beleven en wat het betekent om deze emotie te beleven. Deze wisselwerking is een gevolg van de intentionaliteit van emoties en de onverbreekelijke band die daardoor ontstaat tussen het subject, zijn persoonlijke geschiedenis en het object van de emotie.⁷⁹

Emoties hangen dus samen met de waarden die het subject hanteert. Dit zijn niet alleen morele waarden, maar alle waarden⁸⁰ ook esthetische, economische of juridische. Een belangrijke groep waarden waar ik nog even apart de aandacht op wil vestigen is de groep van sociale waarden. Dit zijn waarden die – zoals Scruton omschrijft – voortkomen uit de *common culture*.⁸¹ Een voorbeeld om dit concept toe te lichten. Wanneer Odysseus – na een jarenlang verblijf bij Circe op het eiland Aia – de onderwereld bezoekt, is de eerste dode die hij daar ontmoet de schim van zijn oude strijdmakker Elpenor. Eerst vertelt deze hoe hij in het huis van Hades terecht is gekomen. Toen Odysseus Circe's paleis verliet om de onderwereld te bezoeken had hij elk van zijn mannen bemoedigend toegesproken behalve Elpenor, omdat deze dronken op het dak van het paleis in slaap was gevallen. In de heftiek van het vertrek lieten ze hem daar achter. Wakker geworden door het lawaai van de vertrekkende mannen wilde Elpenor hen achterna gaan, maar hij vergat de ladder te nemen, stortte van het dak naar beneden en brak zijn nek, zonder dat iemand het merkte. Na dit droevige verhaal richt de schim van Elpenor de volgende smeekbede tot Odysseus:

78 Deze functie van emoties is door Hume al beschreven (Hume (1748)1975, 209):

If I have no vanity, I take no delight in praise; if I be void of ambition, power gives me no enjoyment; if I be not angry, the punishment of an adversary is totally indifferent to me. In all these cases there is a passion which points immediately to the object, and constitutes it our good or happiness.

En wordt nu weer door velen onderschreven o.a. Stocker & Hegeman 1996; Sousa 2001, 120.

79 Zie hierboven in §2.2.2: Sartre.

80 Zie ook Sousa 2004, 70.

81 Scruton 1980, 528-530.

Maar bij de achtergebleven, hier niet aanwezige mensen, bij uw vrouw en uw vader, die u als jongetje grootbracht, en bij uw enige zoon, die u thuis hebt achtergelaten – want ik weet zeker, dat hier vandaan, uit de woning van Hades, u weer uw goedgebouwd schip naar het eiland Aia zult sturen – bid en smee ik u, vorst, als u daar bent, mij niet te vergeten en me niet zonder een graf en onbeweend achter te laten bij uw vertrek, dat ik niet de wraak van de hemelse goden over u breng; maar laat me met al mijn wapens verbranden en op het strand van de loodgrijze zee een grafheuvel werpen, waar ook het komende geslacht een rampzalig man door zal kennen. Doe dit voor mij en plaats in de grafterp de roeispaan waarmee ik toen ik nog leefde, tezaam met mijn scheepskameraden, geroeid heb.⁸²

Odysseus heeft geen afscheid van Elpenor genomen, laat staan om zijn dood gerouwd, noch de bij een begrafenis noodzakelijke rituelen verricht. Wanneer de nabestaanden deze rituelen niet in acht nemen, roepen ze de wraak van de goden over zich af. Er is dus maar één manier om dit recht te zetten. Teruggaan naar het eiland van Circe om het lichaam van Elpenor te verbranden en een monument voor hem op te richten en zodoende de plicht te vervullen om de dode de laatste eer te brengen.

Deze manier van afscheid nemen maakt deel uit van de *common culture*. De plicht om te rouwen en de doden eer te bewijzen hangt samen met de liefde en trouw die leden van de gemeenschap aan elkaar verschuldigd zijn. Daarom begint Elpenor zijn smeekbede met het aanroepen van Odysseus' familieleden en herinnert hem aan zijn gevoelens van liefde en verbondenheid met degenen die hem na staan, aan de verplichtingen die aan deze relaties kleven en aan de sancties op het niet naleven van deze verplichtingen. Dit alles is vervat in hun *common culture*, in de gemeenschappelijke cultuur die de bron vormt van de gevoelens van verbondenheid en van de verplichtingen die daaruit voortvloeien en tegelijkertijd manieren biedt om deze verbondenheid vorm te geven. Telkens wanneer de leden van de gemeenschap hun verbondenheid op de voorgeschreven wijze vormgeven wordt de gemeenschappelijke cultuur weer nieuw leven ingeblazen. De complexiteit van het verband tussen gevoelens, verwachtingen, verplichtingen en praktijken – die blijkt uit de smeekbede van Elpenor – geeft in ieder geval aan dat er een hechte band bestaat tussen *weten wat* van waarde is in deze situatie, *weten hoe* het is als deze waarden betrokken zijn en daardoor *weten waartoe*. Emoties geven onder meer inzicht in en ontlenen hun inhoud aan sociale waarden: de waarden die mensen delen die in dezelfde cultuur leven.

Het behoeft nauwelijks betoog dat de normatieve kennis die het subject door een emotionele beleving verwerft relevant is bij de oordeelsvorming

82 Homerus (7^{de} eeuw vC) 2005, boek XI p. 211.

en daardoor voor de overtuigingskracht van een pleiter, omdat normatieve kennis inzicht biedt in de waarden en belangen die een situatie bevat, in de waarden die het subject huldigt en hoe het voelt als deze in het gedrang komen. Enerzijds kan hij door emoties te wekken de toehoorder laten zien wat de belangrijke waarden zijn die in een bepaalde situatie spelen en welke belangen tegenover elkaar staan. Anderzijds kan hij door op de waarden en belangen te wijzen die bij een zaak betrokken zijn de toehoorder een emotie laten beleven waardoor deze ontdekt welke waarden er spelen die voor hem van belang zijn.

3.2.2 *Empathische kennis*

Een emotionele beleving levert niet alleen kennis op over waarden, belangen en motieven van het subject, maar – afgeleid – ook over de waarden, belangen en motieven van anderen. Dit noem ik de empathische kennis die het subject verwerft door een emotionele beleving. Deze empathische kennis stelt de waarnemer in staat om de emoties bij een ander te herkennen, te begrijpen wat het object van de emotie is en welke overtuigingen en gevoelens er deel van uitmaken, te empathiseren en gepast te reageren. Met empathiseren bedoel ik dat iemand zich zo inleeft in de positie van een ander dat hij niet alleen bedenkt hoe de wereld van de ander eruit ziet, maar zich ook inleeft in hoe die wereld voelt. Empathie heeft mijns inziens een cognitief en een emotioneel aspect.

Iemand kan zich alleen voorstellen hoe een ander zich voelt, als hij zelf een rijk gevoelsleven heeft. Hij moet zich ten minste kunnen voorstellen welke emoties hijzelf zou beleven als hij in die positie zou verkeren.

Empathische kennis maakt het mogelijk om menselijk gedrag beter te begrijpen en te waarderen. Door emotionele ervaringen uit het verleden aan te spreken is het mogelijk om hypothesen op te stellen over motieven en gedrag van anderen. Deze kennis maakt het mogelijk om de kloof te overbruggen tussen dat wat we weten over de feiten door bewijsmiddelen en dat wat we moeten aannemen over de motieven en gevoelens als oorzaken voor het gedrag.⁸³

De in deze paragraaf (§3.2) behandelde epistemologische functie van emoties is van belang voor de overtuigingskracht van een pleiter omdat ze de toehoorder emotionele kennis over de persoon, gebeurtenis of situatie opleveren en daardoor de betrokkenheid van de toehoorder bij de persoon, gebeurtenis of situatie vergroten. Op de voordelen van de betrokkenheid van de beoordelaar kom ik in Hoofdstuk 6 nog uitgebreid terug.

⁸³ Ryan 2005, 241-245.

3.3 *Biologische functies van emoties van belang voor het proces van informatieverwerking en -verwerking*

Emoties vervullen nog andere functies die meer op het terrein liggen van de kennisverwerking. In de neurowetenschappen is de laatste decennia veel onderzoek gedaan naar de neurologische processen die verwerking van emotionele kennis – zowel informatie over de geëmotioneerde zelf als over de wereld om hem heen – mogelijk maken. Eén van de sleutels voor het begrip van deze processen blijkt te liggen in de evolutionaire ontwikkeling van de hersenen.⁸⁴

Kort samengevat heeft deze evolutionaire ontwikkeling geleid tot drie hersenenlagen. Het oudste gedeelte van de hersenen, het *reptielenbrein* ligt onderop (in de hersenstam) en bergt de instincten. De middelste laag is *limbische systeem* (het vroeg-zoogdierenbrein) wat onze emotionele kennis bevat. De jongste en bovenste laag is de *neocortex* (het nieuw-zoogdierenbrein), deze bevat de talige kennis. Deze drie lagen kunnen niet zonder elkaar werken, maar zijn afhankelijk van elkaar: de jongere lagen reguleren de oudere en de oudere lagen fungeren als basis voor de werking van de jongere.⁸⁵

Het *reptielenbrein* is voornamelijk betrokken bij het fysieke voortbestaan. Het reageert snel, automatisch en is conservatief in de zin van bestand tegen veranderingen. Het *limbische systeem* is betrokken bij de emoties en daardoor bij de communicatie voordat er taal is.⁸⁶ Het evalueert, organiseert en dirigeert de inkomende informatie voor verwerking in beide andere delen van de hersenen en het is betrokken bij het bewust worden van ons lichaam en onze emoties. Dit deel van de hersenen regisseert onze reactie op informatie van buiten. De *neocortex* is het jongste deel van de hersenen. Hier vindt het talige, logische en formele denken plaats. Dit deel van de hersenen zorgt dat we leren van fouten, dat we kunnen analyseren, dat we kunnen abstraheren en zo meer.

Bij de informatieverwerking en -verwerking volgt de informatie dezelfde weg die de evolutie van het brein heeft afgelegd. Massey drukt dit mooi uit wanneer hij zegt: ‘the mind is the last to know things’.⁸⁷ Allerlei neurale netwerken verbinden de drie hersenenlagen met elkaar, maar de weg van oude naar nieuwere lagen verloopt gemakkelijker dan de omgekeerde weg. Dit is een van de oorzaken waardoor alle mentale processen door emoties worden

84 Het concept van de triune brain is geïntroduceerd door: MacLean 1970. Dit concept is nog steeds actueel zie voor een kort overzicht Strien 2000.

85 Strien 2000, 136.

86 Massey 2002.

87 Zoals aangehaald door Weenink 2009, 248.

beïnvloed. Juist om deze macht van emoties aan te geven, gebruikt Haidt de metafoor van de ‘emotionele hond en de rationele staart’.⁸⁸

De twee functies die ik in het vervolg van deze paragraaf (§3.3) beschrijf zijn een direct gevolg van deze evolutionaire achtergrond van emoties.

3.3.1 *Schijnwerperfunctie*

Sartre heeft er al op gewezen dat een emotie de gerichtheid van het bewustzijn verandert. Hij licht deze stelling toe met behulp van het voorbeeld van het zoekplaatje. Iedereen kent wel van die zoekplaatjes waarop een afbeelding van bijvoorbeeld een landschap staat en waarbij de opdracht gegeven wordt om een geweer in het landschap te zoeken. De opdracht dwingt je om de afbeelding op een andere manier te bekijken: het richt de waarneming.

Zoeken we bijvoorbeeld naar een gezicht [gezien het vervolg van deze passage bedoelt Sartre hier geweer, MIJ] dat in een zoekplaatje verborgen is (‘waar is het geweer?’), dan is dat ten opzichte van het plaatje waarnemend gedrag van een nieuw soort; ten opzichte van boomtakken en telegraafpalen, ten opzichte van de voorstelling gedragen wij ons als ‘op zoek naar’ een geweer, wij maken oogbewegingen die we ten opzichte van een geweer zouden maken. Maar we hebben geen weet van deze bewegingen als zodanig. Via die bewegingen richt zich een intentie (...) op de bomen en de telegraafpalen, die worden begrepen als ‘mogelijke geweren’, totdat de waarneming ineens verscherpt en het geweer verschijnt.⁸⁹

De opdracht om naar iets speciaals te zoeken in het plaatje laat je het plaatje bekijken met een specifiek doel. Iets vergelijkbaars geldt voor een emotie. Deze verandert het perspectief van het subject en laat je de wereld op een andere manier bekijken, waardoor het lichaam zijn betrekking met de wereld verandert, aldus Sartre.

Elgin spreekt over emoties als ‘sources of salience’ en later spreekt zij over ‘frames of mind’. Door emoties worden sommige aspecten in een situatie belicht en andere blijven op de achtergrond. Wanneer bijvoorbeeld Janne jaloers is op haar collega Felix die ten onrechte promotie heeft gemaakt, dan verhoogt dit haar gevoeligheid voor de ongelijke manier waarop hun inbreng wordt ontvangen. Janne en Felix zitten vaak in dezelfde vergaderingen en moeten daar hun plannen presenteren of die van anderen van kritiek voorzien. Pas nu Felix promotie heeft gemaakt valt het Janne op dat zijn plannen meestal als veelbelovend worden bestempeld, terwijl haar plannen nog verdere bewerking behoeven; zijn kritiek wordt zelfbewust en oorspronkelijk

⁸⁸ Haidt 2001.

⁸⁹ Sartre (1939)1987, 91-93.

genoemd, terwijl haar kritiek agressief en pedant wordt gevonden. In steeds meer situaties herkent ze hetzelfde patroon. Na verloop van tijd trekt ze de conclusie dat er een wijdverspreide praktijk bestaat om het professionele gedrag van vrouwen anders te beoordelen dan dat van mannen. Janne heeft geen nieuwe feiten ontdekt, maar door haar jaloezie bekijkt ze bekende feiten op een nieuwe manier. Hierdoor heeft ze een patroon ontdekt.

Emoties lichten de emotionerende eigenschappen van een situatie/gebeurtenis uit. Ze maken het mogelijk om de bijzonderheden in een situatie te onderscheiden, of vergemakkelijken het om de verschillen tussen vergelijkbare gevallen te ontdekken. MacAllister – net als Elgin een wetenschapsfilosoof – wijst ook op deze functie van emoties:

The emotion system attributes salience to aspects of situations, enabling the decision-maker to overcome the incompleteness or inconsistency of the relevant values and information.⁹⁰

Uiteindelijk wordt door dit effect van emoties, volgens Elgin, de kwalificatie van feiten vergemakkelijkt.⁹¹

3.3.2 Beslisfunctie

Zoals MacAllister in het citaat hierboven al suggereerde hangt de schijnwerperfunctie samen met de beslisfunctie. De Amerikaanse neuroloog Antonio Damasio heeft baanbrekend onderzoek gedaan naar de rol van emoties bij het besluitvormingsproces.⁹² Vooral in *De vergissing van Descartes* laat Damasio aan de hand van verschillende ziektegeschiedenissen zien dat patiënten bij wie de emotionele beleving gestoord is wegens beschadiging van het deel van de hersenen waarin de emoties zetelen, niet meer in staat zijn om beslissingen te nemen.

Zo beschrijft Damasio een patiënt met het bedoelde hersenletsel die in de winter op het spreekuur komt. Deze patiënt heeft een lange autorit moeten maken terwijl het hagelden en de wegen spiegelglad waren. Damasio vraagt de patiënt hoe de reis is verlopen en of de patiënt niet in moeilijkheden is geraakt. De patiënt vertelt koel hoe een auto bestuurt dient te worden bij gladheid. Hij beschrijft onverschillig hoe andere weggebruikers – die deze techniek kennelijk niet beheersen – zijn geslipt en verongelukt, en hoe hijzelf, wetende wat hij moest doen, kalm en zelfverzekerd door de ontstane chaos is

⁹⁰ McAllister 2007, 22.

⁹¹ Elgin 1999, 149-156.

⁹² Damasio (1995)2000; Damasio 2004. Damasio's theorie van de 'somatic marker' (oor-delen wordt vergemakkelijkt door een proces van 'somatic markers' waarbij een lichame-lijk gevoel wordt gekoppeld aan een waardering) is omstreden. Zie voor de kritiek op deze theorie Rolls 2005, 26-30.

gereden. Na het medische onderzoek wil Damasio een nieuwe afspraak met deze patiënt maken en stelt twee data voor:

De patiënt haalde zijn agenda te voorschijn en begon die te bestuderen (...) somde minstens een kwartier lang een hele lijst argumenten voor en tegen de voorgestelde data op: andere afspraken op dezelfde dag, andere afspraken in dezelfde week, mogelijke weersomstandigheden: werkelijk alles waaraan men redelijkerwijs maar kan denken als men een eenvoudige afspraak moet maken. Zo kalm als hij over het ijs was gereden, en van die perikelen verslag had gedaan, leidde hij ons nu door een langdradige kosten-batenanalyse, een eindeloos verhaal en een vruchteloze vergelijking van opties en mogelijke gevolgen (...) ten slotte zeiden we hem toch, op een rustige manier, dat hij het beste de tweede dag kon komen. Zijn antwoord was even beheerst als prompt. Hij zei eenvoudig: 'Dat is goed.' De agenda werd weer opgeborgen en weg was hij.⁹³

Zonder emoties, constateert Damasio, blijkt een mens onvoldoende in staat om de knoop door te hakken. Het afwegen van gedragsopties gebeurt volgens hem door de emotionele lading die het brein aan herinneringen heeft gehecht.⁹⁴

Het vermogen om beslissingen te nemen is in hoge mate afhankelijk van het vermogen emoties te ervaren. Hiervoor zijn twee redenen aan te voeren. Op de eerste plaats stellen emoties ons in staat om – zoals ik eerder (§3.2.2.) heb beweerd – het gat te overbruggen tussen wat we weten en wat we ons kunnen voorstellen of moeten aannemen. Ten tweede is een belangrijk bestanddeel van emoties de neiging om te handelen, om op een of andere manier te reageren op de situatie. Oordelen is een vorm van handelen, is een vorm van reageren op de wereld.

Ook Aristoteles heeft in zijn definitie van emoties deze twee functies al geïmpliceerd:

Gevoelens [in de door mij gehanteerde terminologie: emoties] zijn aandoeningen waardoor mensen een ommekeer doormaken en daardoor tot verschillende oordelen komen en die gepaard gaan met pijn of genot.⁹⁵

Een emotionele beleving verandert het oordeel van mensen. Of, zoals Garver het uitdrukt, een oordeel is incompleet zonder emoties. Een emotie helpt het proces van oordeelsvorming af te ronden door aan te geven wanneer er genoeg gedacht is en het handelen kan beginnen. Daarnaast helpt een emotie de oordeelsvorming af ronden door te helpen kiezen tussen de verschillende

93 Damasio (1995)2000, 216-217.

94 Damasio (1995)2000, 193-198.

95 Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1378a:20-25.

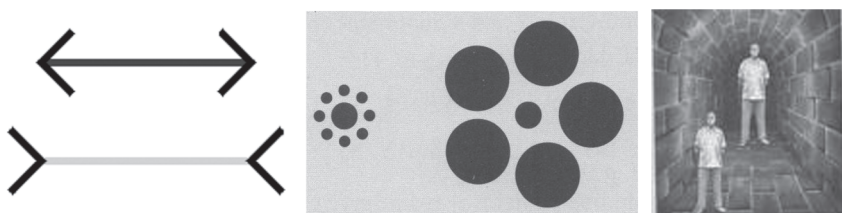
specifieke alternatieven.⁹⁶ Volgens Garver zag Aristoteles dus al in dat emoties de knoop helpen doorhakken als de argumenten niet doorslaggevend zijn.

4. Betrouwbaarheid van emoties als bron van kennis

Tot nu toe heb we alleen functies van emoties bekeken die de kwaliteit van de oordeelsvorming kunnen bevorderen. Toch heerst nog steeds de algemene opvatting dat emoties een bedreiging vormen voor een redelijk oordeel. Emoties zouden juist geen betrouwbare bron van informatie zijn. En inderdaad, wanneer we in de greep zijn van een emotie, zijn dingen niet altijd wat ze schijnen te zijn. Niet alles waar we ons voor schamen is even schaamtevol, niet alles waar we boos over worden is even verwerpelijk. Het heet dat emoties de werkelijkheid vertekenen en dus verkeerde informatie opleveren. Is dit waar? Levert een emotionele beleving eigenlijk wel betrouwbare kennis op?⁹⁷

Emoties blijken bij de kennisverwerving nauwelijks minder betrouwbaar te zijn dan de andere bronnen. Voor alle bronnen van informatie – waarnemen, denken en emoties – geldt dezelfde beperking: we kunnen niet blind vertrouwen op de informatie die we verwerven door enkele waarneming of door enkel nadenken of door enkel een emotie te beleven.

Om met de waarneming te beginnen: ook onze oren, ogen en tastzin kunnen ons op het verkeerde been zetten. Drie voorbeelden van gezichtsbedrog:



⁹⁶ Garver 1994, 116.

⁹⁷ Ik spreek hier niet over ware kennis, maar over betrouwbare kennis en betrouwbare informatie omdat het noch in de retorische traditie noch in het recht om absolute waarheid gaat. De retorica wordt immers gebruikt bij onderwerpen waar geen zekere uitspraken over zijn te doen, maar waar ruimte is voor twijfel en dus voor de kunst van het overtuigen. Ook in het recht gaat het niet om absolute waarheid, want in het juridische domein zijn de beschrijving van de gebeurtenissen, de kwalificatie en de waardering van de feiten afhankelijk van het perspectief van degene die beschrijft, kwalificeert en waardeert. Noch in de retorica, noch in het recht gaat het om ware kennis, maar om de geloofwaardigheid van de gepresenteerde feiten en de aanvaardbaarheid van een standpunt.

De onderste lijn lijkt langer dan de bovenste, het hart van de kleine bloem lijkt groter dan dat van de grote en de man voorin de tunnel lijkt kleiner dan de achterste, maar al de genoemde figuren zijn even groot. Een criticus kan opmerken dat dit gezichtsbedrog is dat wordt opgewekt door een afbeelding en dat dat niets zegt over de betrouwbaarheid van waarnemingen in de echte wereld. Laat ik dan een klassiek voorbeeld geven, ik zie de maan als een schijf met een doorsnede van twee centimeter en niet als een bol met een doorsnede van ongeveer 3500 kilometer. Bovendien zie ik dat de omvang van de maan veel groter is wanneer deze vlak boven de horizon staat dan wanneer deze hoog in de lucht staat. Blijkbaar kunnen we een object anders waarnemen dan het in werkelijkheid is. We kunnen ook dingen waarnemen die er niet zijn. Mensen die last hebben van migraine kunnen prachtig vertellen over de halo's die zij zien, maar alleen de migrainelidder ziet ze. De buikspreker-illusie laat zien dat visuele informatie kan beïnvloeden wáár je iets denkt te horen. Een buikspreker laat de mond van een pop zo bewegen zodat het lijkt of deze praat. De buikspreker praat natuurlijk zelf, maar beweegt zijn mond zo min mogelijk. Doordat de mondbewegingen van de pop overeenkomen met wat we horen, koppelen we dit automatisch aan elkaar. Het geluid wordt dus aan de verkeerde 'spreker' toegekend.

Een van de bekendste auditieve illusies is de Shepard toonladder. Verschillende instrumenten spelen tegelijkertijd een toonladder. Ze spelen dezelfde noot, maar elk instrument in een ander octaaf. Door de toonladder op een bepaalde manier steeds te herhalen, ontstaat de illusie dat je een eindeloos omhooggaande toonladder hoort.⁹⁸ Soms horen we geluiden die er niet zijn. Na afloop van een popconcert waarbij de volumeknop ver open heeft gestaan, kan de muzikliefhebber nog uren gezoem en gepiep in zijn oren horen, maar dit geluid horen anderen niet. Blijkbaar geven de zintuigen de wereld niet altijd betrouwbaar weer.

Niet alleen waarnemingen kunnen onbetrouwbaar zijn, maar ook overtuigingen kunnen onjuist blijken. Hier zijn voorbeelden genoeg van te geven. Denk maar aan alle misvattingen die hebben bestaan over de vorm van de aarde en over haar plaats in het heelal. Misvattingen over het ontstaan van ziekten, over de invloed die de snelheid van de trein op het menselijk lichaam

98 Een trompet, een hoorn en een tuba beginnen tegelijk een C-toonladder te spelen (c d e f g a b c). Zij beginnen allemaal een C te spelen, maar hun noot ligt in verschillende octaven. Wanneer ze de G van de toonladder bereiken, gaat de trompet een octaaf naar beneden, terwijl de hoorn en de tuba blijven stijgen. Zij blijven allemaal nog steeds dezelfde noot spelen. Wanneer ze de B bereiken, gaat de hoorn een hele octaaf naar beneden, terwijl de trompet en de tuba blijven stijgen, en bij de tweede D van de toonladder gaat de tuba een octaaf naar beneden om de laatste zeven noten van de toonladder te spelen. Dus geen van de instrumenten overschrijdt ooit het bereik van één octaaf en blijft eigenlijk exact dezelfde zeven noten keer op keer spelen. Maar omdat twee van de instrumenten altijd het ene "afdekken" dat een octaaf naar beneden gaat, lijkt het dat de toonladder steeds blijft stijgen. Voor een klankvoorbeeld: <<http://www.youtube.com/watch?v=ugriWSmRxcM>>.

zou hebben, over de bron van psychologische aandoeningen bij vrouwen enzovoorts. Het denken levert kennelijk – net als de waarneming – niet altijd betrouwbare kennis op.⁹⁹

Juist omdat denken en waarnemen als geïsoleerde activiteiten niet altijd betrouwbaar zijn, is de natuurwetenschappelijke methode gebaseerd op een combinatie van denken en waarnemen. Het denken beschouwt men alleen als betrouwbare informatiebron over de wereld als deze informatie wordt bevestigd door de waarneming. En een waarneming levert pas betrouwbare kennis op als deze past in een theorie. Maar, niemand zal uit deze constatering de conclusie trekken dat één van deze (of beide) informatiebronnen als onbetrouwbaar buiten de oordeelsvorming gehouden moet worden. Noch de informatie die we door een emotionele beleving, noch die we door waarneming of het verstand vergaren, is zonder meer betrouwbaar. Steeds zullen de inzichten verworven uit de ene bron getoetst moeten worden aan inzichten uit de andere bronnen om betrouwbare kennis op te leveren.¹⁰⁰

Toch lijkt de emotionele beleving minder betrouwbaar dan waarneming en denken, omdat we allemaal wel situaties kennen waarbij mensen uitgaande van een emotie – jaloezie, woede, verliefdheid – onredelijk handelen, terwijl de emotie achteraf onterecht blijkt te zijn. Shakespeare geeft een illustratie van een misplaatste emotie die helemaal uit de hand loopt in *The Winter Tale*.¹⁰¹ Wanneer Polixenes na een logeerpartij afscheid wil nemen van zijn gastheer Leontes, zegt de gastvrouw, Hermione, dat ze het jammer vindt dat Polixenes nu al weggaat en vraagt ze hem nog wat langer te blijven. Wanneer Polixenes blijft, rijst bij Leontes het wantrouwen dat aangroeit tot een redeloze jaloezie. In alle gedragingen van zijn vriend en zijn vrouw ziet Leontes een bevestiging van zijn jaloeerse vermoedens, ook al ontkent iedereen in zijn omgeving dat Hermione en Polixenes een liefdesrelatie hebben. Zijn jaloezie wordt zo sterk dat hij een poging onderneemt om Polixenes te vergiftigen en dat hij Hermione onder beschuldiging van overspel gevangen zet. Uiteindelijk leidt Leontes' jaloezie tot de dood van Hermione en de verbanning van hun pasgeboren kind.¹⁰² Dit verhaal illustreert waarom we emoties onbetrouwbaar vinden. Ook een emotie die op verkeerde gronden ontstaat, blijkt nieuwe redenen te vinden die de emotie voeden. Dit is een gevolg van de intentionaliteit van emoties (§2.2.2). Iemand beleeft een emotie omdat een object in de wereld zich op een bepaalde manier aan hem voordoet. De emotie bepaalt vervolgens hoe het subject het object in de wereld ervaart. Ben je

99 Wie zijn kennis wil testen, of beter gezegd wie de betrouwbare kennis wil inzien van algemeen aanvaarde kennis, kan terecht bij Maanen 2004.

100 Aldus ook Elgin 1999, 152; Sousa 2001, 120-121.

101 Shakespeare (1610)1981.

102 In het tweede deel van het toneelstuk blijkt het allemaal wel mee te vallen. Hermione blijkt niet dood te zijn en het gezin wordt herenigd.

eenmaal bang van een hond, dan zie je alleen nog maar zijn angstwekkende eigenschappen. Kennelijk bestaat de neiging om de eigenschappen van een object of situatie coherent te laten zijn met de emotie.¹⁰³ Toen Leontes eenmaal jaloeers was, zag hij Polixenes en Hermione en hun gedrag alleen nog in het licht van zijn jaloezie.

Maar ook dit mechanisme doet zich bij de andere kennisbronnen voor. Zo maken mensen bij het oordelen over complexe zaken gebruik van eenvoudige vuistregels (cognitieve heuristieken of biases, waarover meer in het volgende hoofdstuk). Een van deze vuistregels is de 'just world hypothesis': mensen gaan ervan uit dat de wereld logisch in elkaar zit en passen de waarneming van en de opvattingen over de werkelijkheid aan aan hun wereldbeeld. Deze cognitieve vuistregel wordt bijvoorbeeld een valkuil als mensen zich details moeten zien te herinneren. Dan blijkt dat mensen door dit mechanisme weinig opvallends zien, zich weinig herinneren en zich dingen herinneren die ze nooit hebben gezien.¹⁰⁴ Ook andere cognitieve vuistregels komen voort uit de neiging van mensen om hun waarnemingen aan te passen aan het beeld dat ze van de wereld hebben: zo blijken mensen gedrag van anderen te verklaren vanuit de eigenschappen van de ander terwijl ze hun eigen gedrag eerder toeschrijven aan de omstandigheden.¹⁰⁵

Het risico dat we een object die eigenschappen toedichten die nodig zijn om het in ons wereldbeeld in te kunnen passen, bestaat kennelijk niet alleen bij emoties. Hetzelfde doen we bij (herinneringen aan) waarnemingen en bij het oordelen. Steeds blijken we de neiging te hebben om onze waarnemingen en onze verklaringen voor gebeurtenissen zo te kiezen dat ze consistent en coherent zijn met ons beeld van de wereld en dat van onszelf. Zo bezien blijkt emotionele kennis ook wat dit aspect betreft niet minder betrouwbaar dan de waarneming of het denken.

Verder sluiten denken, gevoel en waarnemen elkaar niet uit, maar het zijn met elkaar verbonden activiteiten. Juist in een emotionele beleving komen waarnemen, oordelen, voelen en handelen samen. Een emotie is immers een neiging tot handelen op grond van een gevoelde waardering van een situatie. Leontes krijgt een onaangenaam gevoel omdat hij denkt dat Hermione een relatie heeft met Polixenes, omdat hij ziet dat ze aardig tegen hem doet.

103 Garver 1994, 137; Goldie 2004, 97-98.

104 Dit is een groot probleem bij getuigenbewijs Crombag e.a. 1992, 270-290; Wolters 2002, 397-415; Horselenberg e.a. 2002, 446-450.

105 Zie voor vuistregels/valkuilen H5 §2.1 en §3.3. Zie ook Koppen & Hessing 2002, 29-37; Gommer 2007, 131-132. De theorie over de beperkingen van de cognitieve mogelijkheden van de mens door vuistregels en valkuilen die daaruit voortvloeien is ontwikkeld door: A. Tversky & D. Kahneman, 'Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases', Science 1974, p. 1124-1131, de bundel van Kahneman e.a. 1982. en verschillende bijdragen aan de vervolgbundel van Gilovich e.a. 2002. Na de introductie in 1974 is er enorm veel onderzoek naar vuistregels en valkuilen verricht, zie voor een lijst vuistregels bijlage 2.

Leontes' emotie is niet onbetrouwbaar, maar zijn inschatting van zijn waarneming is dat wel. Leontes' emotie is het betrouwbare gevolg van een verkeerde opvatting, waarneming, inschatting.¹⁰⁶

Emoties zijn dus even betrouwbaar als bron van kennis als de andere kennisbronnen. De hoofdregel blijkt te zijn dat één kennisbron zelden tot betrouwbare kennis leidt. Steeds zal de informatie die aan één kennisbron wordt ontleend, getoetst moeten worden aan informatie uit de andere bronnen. Geen van de bronnen is op zichzelf betrouwbaar. Wanneer ik 's nachts naar de maan kijk en een schijf met een doorsnede van twee centimeter zie, dan weet ik dat ik mijn waarneming moet corrigeren voor de afstand tussen de maan en mij. Zou ik alleen op mijn waarneming vertrouwen dan zou ik een verkeerd beeld van de omvang van de maan hebben.

5. Samenvatting

In de cognitieve emotietheorieën blijkt een emotionele beleving – net als bij Aristoteles – te bestaan uit een gevoelde waardering dat het eigen belang bij een situatie betrokken is en een neiging om op dat gevoel te reageren (overtuiging, gevoel en neiging te handelen). Er is echter geen overeenstemming tussen Aristoteles en de cognitieve emotietheorieën over het verband tussen de verschillende bestanddelen van de emotie. Aristoteles gaat uit van een causaal verband, waardoor de emotie van de toehoorder door de pleiter gestuurd kan worden. Het teweeg brengen van een emotie, leidt tot een gevoel, dat leidt tot een neiging op een specifieke manier te handelen. In de moderne, cognitieve emotietheorieën zijn er betekenisrelaties tussen de bestanddelen van de emotie, omdat zowel de overtuiging als de gevoelens intentioneel zijn. Dit betekent dat beide gericht zijn op een object in de wereld. Door de waarde die een object voor ons heeft, ervaren we een emotie, tegelijkertijd bepaalt de emotie de manier waarop we een object ervaren. 'Emotion provides the basic means for relating the inner subjective self to the outer objective world.'¹⁰⁷ Hierdoor is de relatie tussen de bestanddelen veel complexer dan de eenvoudige causaliteit die Aristoteles veronderstelde, en leidt een emotie niet tot één specifieke manier van handelen, maar juist tot een persoonlijke manier van handelen. Mensen die dezelfde emotie ondergaan kunnen geen of hetzelfde of heel verschillend gedrag vertonen. Na analyse van de tekst van Aristoteles heb ik geconcludeerd dat de overtuigingskracht van emoties in zijn visie gebaseerd is op het causale verband tussen de bestanddelen. Deze verklaring blijkt niet te rijmen te zijn met de moderne cognitieve emotietheorieën.

106 Zie ook Ryan 2005, 256. Volgens Ryan komt een emotionele vergissing altijd voort uit een feitelijke of een zintuiglijke vergissing.

107 Pillsbury 1988/1989, 677.

In de cognitieve emotietheorie is de overtuigingskracht van emoties gebaseerd op de functies die een emotionele beleving vervult bij de informatieverwerving en – verwerking. Emoties zijn een bron van specifieke kennis. Een emotionele beleving levert kennis op over het verband tussen een gebeurtenis of een situatie en het belang, de motieven en de waarden van het subject. De emotionele kennis put uit de persoonlijke geschiedenis van het subject en heeft de vorm van stilzwijgende kennis die zich kan uiten in een emotie die het subject zich bewust kan worden (§3.1).

Emoties vervullen een functie bij de informatieverwerving en -verwerking.

Epistemologische functie → welke informatie	Biologische functie → wijze van informatieverwerving & -verwerking
normatieve kennis empathische kennis	schijnwerperfunctie beslisfunctie

Functies van emoties bij de oordeelsvorming

Een emotionele beleving bevat informatie over de waarde die een object heeft voor de belangen en de doelen van het subject (§3.2.1 normatieve kennis). Emoties bieden kennis over de waarden en belangen die spelen in een situatie en kennis over de waarden waarmee een subject in de wereld staat en de wereld waardeert. Dit zijn niet alleen morele waarden, maar ook bijvoorbeeld esthetische en juridische en sociale waarden (zoals deze zijn ingebed in de *common culture*).

Emotionele kennis maakt het mogelijk dat de waarnemer de emoties bij een ander herkent en begrijpt, zodat de waarnemer door empathiseren het gedrag van een ander beter kan begrijpen en gepast kan reageren (§3.2.2 empathische kennis). Deze kennis is vooral nuttig als we gedrag van anderen moeten begrijpen en beoordelen.

Naast de epistemologische functie vervullen emoties nog een functie bij de manier waarop de informatie wordt verwerkt. Emoties veranderen de gerichtheid van de aandacht van het subject. Ze fungeren als een soort schijnwerper waardoor bij de emotie passende aspecten van de situatie meer op de voorgrond treden dan andere aspecten. Dit helpt gevallen te vergelijken en bij het categoriseren (§3.3.1 schijnwerperfunctie). De laatste functie van emoties is dat ze helpen de knoop door te hakken. Wanneer er geoordeeld moet worden over complexe vraagstukken waarbij onmogelijk alle mogelijkheden onderzocht kunnen worden, waarin niet alle feiten bekend zijn en er tegengestelde waarden zijn, dan helpen emoties de knoop door te hakken (§3.3.2 beslisfunctie). Vooral door de epistemologische en de schijnwerperfunctie hebben emoties overtuigingskracht.

In dit hoofdstuk heb ik een moderne verklaring gevonden voor de overtuigingskracht van emoties. Deze verklaring verwijst naar de functies van

emoties. Wil een pleiter in de huidige procespraktijk bij het mondeling of schriftelijk overtuigen gebruik kunnen maken van emotionele overtuigingsmiddelen, dan moet vast komen te staan welk effect emoties hebben op de oordeelsvorming. In het volgende hoofdstuk wordt deze vraag beantwoord, waarbij zal blijken dat een emotie nog een derde vorm van kennis op kan leveren en dat emoties, rechtsgevoel en intuïtie noodzakelijk deel uitmaken van de rechterlijke oordeelsvorming.

Rechterlijke emoties: het hart van de oordeelsvorming?

Waarin de rechterlijke oordeelsvorming wordt beschreven aan de hand van een cognitief beslismodel waardoor blijkt dat de juridische rationaliteit wordt overgewaardeerd en waarin een theorie voor het effect van rechterlijke emoties op het oordeel wordt ontwikkeld.

1. Overtuigen, oordelen, legitimeren en het onderscheid tussen de heuristische en de legitimatiefase

1.1 *Relatie tussen overtuigen, oordelen en emoties*

Aristoteles geeft één simpel argument voor het gebruik van emoties bij het *overtuigen*, namelijk dat ze in de praktijk een rol spelen bij het *oordelen*. Het is een pragmatisch argument: een pleiter moet emotionele middelen gebruiken omdat de toehoorder mede oordeelt op grond van zijn eigen emoties.¹ Binnen de retorica zijn overtuigen en oordeelsvorming onlosmakelijk met elkaar verbonden.

Taalgebruik dat bedoeld is om te overtuigen vindt plaats met het oog op het vellen van een oordeel; over wat we al weten en waarover we ons oordeel al hebben geveld hoeven we het immers niet meer te hebben. Dit geldt niet alleen wanneer iemand maar één persoon met woorden naar iets toe of van iets af probeert te wenden (...) maar ook om het even of men partij is in een geschil, of een betoog houdt voor of tegen een stelling, want ook dan moet een spreker met gebruik van taal de tegengestelde standpunten weerleggen als richtte hij zich tot een tegenpartij (...).²

De nauwe band tussen overtuigen en oordelen verklaart Aristoteles vanuit het doel van de retorica. Overtuigen is immers bewerkstelligen dat iemand

¹ Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 14-16.

De oordelen die we uitspreken verschillen immers naargelang we verdrietig of vrolijk zijn gestemd en genegenheid of afkeer voelen.

² Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1377b:21; 1391b:9-15.

zijn oordeel verandert op basis van wat er is gezegd. Het is een vorm van beïnvloeden, maar het is geen manipuleren of verleiden. De spreker die de toehoorder manipuleert, heeft de gedachten van zijn publiek helemaal niet veranderd maar heeft dwang uitgeoefend, want hij heeft zijn toehoorders iets laten geloven of doen zonder hun instemming.³ De spreker die de toehoorder verleidt, heeft de gedachte van de toehoorder op diens eigen belang gericht en 'juryleden die hun eigen belang op het oog hebben en vanuit hun persoonlijke gezindheid luisteren, geven aan partijen toe in plaats van een oordeel te vormen'.⁴ Alleen wanneer de toehoorder erkent dat de spreker hem heeft overtuigd, geeft hij aan dat hijzelf iets heeft gedaan, namelijk oordelen.

Aristoteles constateert op verschillende plaatsen in *Rhetorica* dat mensen oordelen op grond van rationele en emotionele overwegingen en dat de pleiter daarom alleen overtuigend kan zijn wanneer hij rationele en emotionele overtuigingsmiddelen gebruikt.⁵ Hij werkt echter niet uit hoe een emotionele reactie het oordeel van mensen beïnvloedt, maar presenteert het als een empirisch gegeven dat emoties essentieel zijn bij de oordeelsvorming.

Tegenwoordig is het verband tussen emoties en oordelen weliswaar breed geaccepteerd, maar wordt dit verband vaak negatief geduid: emotionele oordelen worden gelijkgeschakeld met irrationele oordelen. Zo werd het gedrag van de spaarders tijdens de kredietcrisis in oktober 2008 emotioneel genoemd; sommigen spraken zelfs van 'massahysterie'. Hoewel de deskundigen bleven verzekeren dat de banken gezond waren, trokken spaarders hun eigen conclusie uit de berichten en haalden hun geld van hun bankrekening af. Volgens

3 Zie ook Garsten 2006, 7-9.

4 Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1354b:32-1355a:1.

5 Zie bijvoorbeeld Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1377b:21-1378a:7.

Maar omdat welsprekendheid haar doel vindt in een oordeel – politieke toespraken worden aan een oordeel onderworpen, en ook een uitspraak van de rechtsbank is een oordeel – moet een spreker niet alleen erop toezien dat de redenering verhelderend en overtuigend is, maar evenzeer zijn eigen persoon in een bepaald daglicht stellen en de beoordelaar in een bepaalde gemoedstoestand brengen. Het maakt voor het overtuigingsproces heel wat uit (...) dat de spreker bepaalde eigenschappen aan de dag legt en dat de toehoorders de indruk hebben dat hij jegens hen op een bepaalde manier gestemd is, en als ook zichzelf op een bepaalde manier gestemd zijn (...). [De toehoorder, MIJ] vat de werkelijkheid namelijk anders op naargelang hij bevriend of vijandig gezind is (...). Wie de persoon over wie hij een oordeel velt vriendschappelijk gezind is, vindt dat hij geen, of maar een gering vergriep heeft gepleegd, wie hem vijandig gezind is, juist het tegendeel; wie verlangend naar iets uitziet en hoopvol is gestemd denkt dat het aantrekkelijke toekomstperspectief verwezenlijkt zal worden en geslaagd zal zijn, voor wie het niets kan schelen en wie pessimistisch is geldt het tegendeel.'

Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1403b:10-13.

Hij zal zowel het vertrouwen en de aandacht van de toehoorders proberen te winnen, als de luisteraar zo ver moeten zien te brengen dat deze bereid is zich in te leven in de situatie en het geval te beoordelen alsof zijn eigen belang op het spel staat. (...) iedereen die een oordeel moet vellen (...) zich ofwel [laat] overtuigen doordat hij zelf in een bepaalde gemoedstoestand is gebracht, of doordat hij de sprekers bepaalde karaktertrekken toeschrijft, of doordat het feit is bewezen.

de deskundigen reageerden de spaarders emotioneel. Prast gaat de discussie aan over deze kwalificatie en stelt dat er geen sprake is van emotioneel, noch van irrationeel gedrag in de zin van onredelijk of strijdig met het gezonde verstand. Spaarders gedroegen zich juist individueel rationeel, omdat

(...) mensen die het hoofd koel houden en die niet geloven in geruchten over de vermeende ziekte van een bank, volledig rationeel handelen als ze hun geld er toch zo snel mogelijk weg halen. Want hier geldt 'wie het eerst komt, wie het eerst maalt'.⁶

Maar het gedrag van de spaarders – hoe rationeel het ook is – leidt uiteindelijk tot een – ook voor hen – ongewenst resultaat, omdat een gezonde bank omvalt als alle spaarders in korte tijd hun geld weghalen. Individueel rationeel gedrag kan dus tot collectief irrationele resultaten leiden.

Een ander voorbeeld is de mislukking van de campagne voor de 'meidenprik' in april 2009. Vaccinatie van jonge tienermeisjes zou baarmoederhalskanker op latere leeftijd voorkomen. Minder dan de helft van het aantal opgeroepen meisjes liet zich inenten, zodat de campagne voortijdig werd afgeblazen. Volgens Countinho, directeur van het RIVM, is het debacle te wijten aan fouten in de voorlichting en aan 'ouders die emotioneel reageren'.⁷ Later erkent hij dat er sprake is van een gezagscrisis omdat er een verwevenheid is ontstaan tussen de medische wetenschap en de farmaceutische industrie. Ouders vertrouwen het middel niet en vermoeden dat de vaccinatiecampagne eerder de commerciële belangen van de farmaceutische industrie en van wetenschappers met nevenfuncties dient, dan de gezondheid van hun tienerdochter.⁸ Bovendien betwijfelen de ouders nut en noodzaak van de vaccinatie. Ouders reageerden niet emotioneel, maar oordeelden rationeel op basis van – mogelijk onvolledige of eenzijdige – informatie.

Dit zijn twee van de vele voorbeelden waaruit blijkt dat we de neiging hebben om oordelen die tot gewenste resultaten leiden rationeel te noemen en oordelen die tot ongewenste resultaten leiden af te doen als emotioneel. Hierdoor ontstaat een cirkelredenering: een oordeel dat tot een gewild resultaat leidt, noemen we rationeel en een oordeel dat tot een ongewild resultaat leidt, noemen we een emotioneel. Wanneer een oordeel tot ongewenste resultaten leidt, zeggen we dat dit een emotioneel oordeel is geweest, omdat emoties een bedreiging vormen voor het rationele proces van oordeelsvorming, omdat een rationeel oordeel tot de gewenste resultaten zou hebben geleid.

De opvatting dat emoties de rationele oordeelsvorming verstoren heeft men niet alleen met betrekking tot de dagelijkse beslissingen, maar ook ten

6 NRC Handelsblad 21 oktober 2008.

7 Trouw 4 april 2009.

8 Trouw 28 december 2009.

opzichte van de rechterlijke oordeelsvorming. Dit blijkt onder meer uit het onderzoek dat Boutellier en Lünemann deden. Zij hebben in het kader van de discussie over lekenrechtspraak de opvattingen van burgers over de rechtspraak gepeild. Het belangrijkste argument van burgers tegen lekenrechtspraak bleek te zijn dat zij vrezen dat de objectiviteit van het rechtsproces in het geding zou komen, omdat burgers de neiging zouden hebben emotioneel te oordelen. Hierdoor zou de rechtspraak zijn autoriteit verliezen.⁹ Ook hier weer de onderliggende opvatting dat emoties het rationele proces verstoren en dat alleen een rationeel oordeel een gedegen oordeel is. Volgens de algemene opvatting gaan rechterlijke oordeelsvorming en emotionaliteit niet samen omdat rechterlijke oordeelsvorming een rationeel proces is en moet zijn.

1.2 *Onderscheid heuristische/legitimatiefase en de fictie van de juridische rationaliteit*

In Hoofdstuk 1 §2.1 heb ik het rechtstheoretische en rechtspsychologische onderzoek naar de rechterlijke oordeelsvorming in kaart gebracht en geconcludeerd dat de resultaten van dat onderzoek geen antwoord geven op mijn onderzoeksvraag. Een van de redenen daarvoor is dat door het onderscheid heuristische- legitimatiefase de misvatting is ontstaan dat het oordeelsproces te verdelen is in een subjectieve en een objectieve fase. Een subjectieve fase waarin de rechter het oordeel vormt in een proces van wikken en wegen dat alleen door psychologen te bestuderen is, en een objectieve fase waarin de rechter de subjectieve beslissing beargumenteert met juridische argumenten. Deze opsplitsing heeft tot een globale taakverdeling geleid waarbij de rechtspsychologie zich bezighoudt met de oordeelsvorming – het denkproces dat zich in het hoofd van de rechter afspeelt – en de rechtstheorie zich beperkt tot het bestuderen van de omgang met de rechtsnormen en de legitimatie van de beslissing.

De rechtspsychologie heeft echter geen algemene, beschrijvende theorie over het rechterlijk oordeel ontwikkeld. De theorie die zich hier het meest voor leent, is de theorie van de rationele reconstructie, maar deze zegt niets over de fase van de oordeelsvorming (de heuristische fase) en de theorie die daar wel iets over zegt – de verhaalstheorie – heeft alleen betrekking op de bewijsbeslissing. De rechtstheorie heeft zich aan de globale taakverdeling gehouden, zodat er nauwelijks onderzoek is verricht naar de heuristische fase.¹⁰

Verschillende schrijvers hebben het onderscheid tussen heuristische en legitimatiefase ter discussie gesteld, door te wijzen op de wisselwerking

⁹ Boutellier & Lünemann 2007, 56-58.

¹⁰ In H1 heb ik al aangegeven dat Scholten en Hartendorp een uitzondering vormen op deze regel.

tussen de twee fasen. In de heuristische fase is de rechter al op zoek naar argumenten die hij in de legitimatiefase kan gebruiken.¹¹ De kritiek op dit onderscheid is echter fundamentele. De scheiding in een subjectieve oordeelsfase en een objectieve verantwoordingsfase maakt oordelen tot een activiteit waarbij een min of meer subjectief oordeel wordt gereconstrueerd als ware het een juridisch rationele beslissing.¹² Iedereen weet dat het mogelijk is dat andere factoren een rol spelen, maar men doet alsof de oordeelsvorming gereconstrueerd kan worden als een beslissing die alleen op basis van juridische argumenten is genomen. Dit is de eerste fictie. Door deze fictie vallen oordelen en legitimeren samen. Maar, het gaat nog verder, er is sprake van nog een fictie. De legitimatie van het oordeel gebeurt door de *juridische rationaliteit* te benadrukken. Men doet alsof alle publieksgroepen – partijen, de beroepsgroep en het grote publiek – zich opstellen als redelijk, objectief, onpartijdig oordelend publiek, dat een gemeenschappelijk onpersoonlijk perspectief inneemt en alleen gevoelig is voor rationele argumenten. Zodoende doet men alsof alle publieksgroepen hetzelfde perspectief hebben als de rechter. Dit is de tweede fictie. Door deze tweede fictie vallen overtuigen en oordelen samen. Het gevolg van de dubbele fictie – (i) de fictie dat de oordeelsvorming gereconstrueerd kan worden met juridisch rationele argumenten en (ii) de fictie dat voor alle betrokkenen dezelfde argumenten overtuigend zijn als voor de oordelende instantie – is dat overtuigen, oordelen en legitimeren samenvallen.¹³

Een juridische fictie is een vertekening of een vereenvoudiging van de werkelijkheid die juristen gebruiken om een rechtsnorm te kunnen toepassen of een juridische redenering consistent te maken.¹⁴ Het is een noodzakelijk kwaad. Een mooi voorbeeld van een fictie is artikel 1:2 BW: ‘Het kind waarvan een vrouw zwanger is wordt als reeds geboren aangemerkt, zo dikwijls zijn belang dit vordert...’ Op deze manier kan het ongeborn kind rechten hebben, zonder gekwalificeerd te hoeven worden als rechtssubject, want dat zou onvoorzienbare consequenties met zich meebrengen. Dus doen juristen soms alsof het ongeborn kind al geboren is en soms niet. Deze fictie is functioneel. Ficties kunnen echter ook tot doel hebben een complexe of ongewenste werkelijkheid buiten de deur te houden. Dan moet de fictie doorgeprikt worden om de vraag te stellen welke lastige werkelijkheid wordt buitengesloten. In dit geval ‘doen we alsof’ overtuigen, oordelen en legitimeren samenvallen en dat de *juridische rationaliteit* elke beslissing aanvaardbaar

11 Onder meer Wild 1980; IJzermans 2001; Smith 2005.

12 Crombag e.a. 1977.

13 Vgl. Garsten 2006, 5-10. Dit zou wel eens de verklaring kunnen zijn voor de vijfde eigenaardigheid van de door Vranken beschreven omgang met het burgerlijk recht, namelijk de afstandelijkheid: Vranken 2005, 74-78.

14 Zie ook McCormick 1978, 48.

maakt, om te verbergen dat andere factoren een rol kunnen spelen bij het oordelen en om toe te dekken dat voor toehoorders verschillende factoren van belang zijn en verschillende argumenten een uitspraak aanvaardbaar maken. In dit geval is de fictie niet functioneel, maar verhullend.

Aan het overtuigen én het oordelen én het legitimeren met een beroep op de *juridische rationaliteit* ligt de veronderstelling ten grondslag dat advocaat, partijen, rechter, andere juristen en het grote publiek het in grote lijnen eens zijn over wat goede, redelijke argumenten zijn en dat ze het eens zijn over welke mate van onenigheid hierbij aanvaardbaar is. Er wordt in deze visie op de oordeelsvorming voorbijgegaan aan het feit dat in ieder geval de procespartijen – en misschien de overige publieksinstanties ook wel – het juist oneens zijn over wat in casu rationele (redelijke) argumenten zijn¹⁵ en dat er meestal sprake is van een conflict in de zin van een belangentegenstelling.¹⁶

Wanneer we de lastige wekelijkheid achter de fictie onthullen blijkt dat de rationaliteit van het recht geen oplossing biedt voor waar het partijen werkelijk om te doen is. Verhelderend is hier het onderscheid dat Steenberghe maakt tussen de belangen die spelen op het *niveau van het geschil* en de belangen die spelen op het *niveau van het conflict*. Waarbij de belangen op het niveau van het conflict (het conflict zoals de partijen het beleven) door het recht worden getransformeerd tot belangen op het niveau van het geschil. In de ideale situatie zouden deze niveaus samenvallen, maar:

... partijen delen dat gevoel zelden. Zij willen doorgaans maar al te graag uitweiden over de uniciteit van het conflict, over wat er *echt* allemaal aan de hand is en zijn zeer tevreden indien zij daartoe enige gelegenheid krijgen. Ze zijn niet zelden zichtbaar teleurgesteld indien de rechter aan dat uitweiden een einde maakt en al helemaal indien dat toegelicht wordt met de (veelal juiste) mededeling dat het niet zo relevant is wat zo vurig en niet zelden geëmotioneerd te berde wordt gebracht.

Steenberghe stelt vervolgens de vraag of het de verantwoordelijkheid van de rechter is om na te gaan of de belangen betreffende het geschil gelijk zijn aan de belangen betreffende het conflict.¹⁷ De vraag is dan of de taak van de rech-

15 Vgl. Witteveen 1988, 313-316.

16 Zie ook Pel 2007, 95-100.

17 Steenberghe 2007b, 81-93. Hij stelt dat de keuze voor geschilbeslechting of conflictoplossing weliswaar afhankelijk is van de taakopvatting van de rechter, maar bepleit uiteindelijk de taakopvatting van de belangstellende rechter. De belangstellende rechter is geen mediator en al helemaal geen therapeut, maar probeert inzichtelijk te maken welke elementen in de zaak juridisch relevant zijn en bepalend zullen zijn bij de uiteindelijke beoordeling van de zaak, zodat partijen kunnen vaststellen of hun belangen op het niveau van conflict beter zijn gediend met een vonnis, dan wel een schikking of een verwijzing naar mediation.

ter omschreven moet worden als geschilbeslechter of als conflictoplosser.¹⁸ De twee gesignaleerde ficties maken het mogelijk om de taak te beperken tot geschilbeslechting, zodat overtuigen, oordelen en legitimeren alleen betrekking hebben op de belangen op het niveau van het geschil, waardoor de rechtzoekende wordt gefrustreerd omdat de rechter niet toekomt aan de belangen op het niveau van het conflict.¹⁹

Wanneer de taak van de rechter wordt omschreven als conflictoplosser en hij ook dient na te gaan of met de voorgenomen beslissing in het geding ook de conflictoplossing is gediend, dan moet de deskundigheid van de rechter meer omvatten dan alleen juridische deskundigheid. Maar ook als we de verhouding tussen de rechter en de rechtzoekenden even laten rusten en op een abstracter niveau naar de oordeelsvorming kijken blijkt dat de deskundigheid van de rechter meer omvat dan kennis van het recht.

De laatste jaren staat de deskundigheid van de rechter – vooral van de strafrechter – ter discussie. Deskundigen waaronder wetenschapsfilosofen, statistici en psychologen hebben ernstige kritiek geuit op de rechterlijke omgang met bewijs²⁰ en die kritiek heeft gretig aftrek gevonden in de media. In provinciale kranten en in televisieprogramma's doen lekenjury's uitspraken in bestaande zaken, waarna het lekenoordeel wordt vergeleken met het oordeel dat de rechter velde. In een recent empirisch onderzoek heeft Wagenaar het oordelen van leken en rechters met elkaar vergeleken door leken en rechters in dezelfde negen strafrechtelijke zaken een bewijs- en straftoemtingsbeslissing te laten nemen. Hij trekt onder meer de conclusie dat leken en rechters ongeveer even zwaar straffen en dat de redeneringen van leken bij de bewijs- en strafbeslissingen even complex zijn als die van rechters. Leken nemen weliswaar andere bewijsbeslissingen dan professionele rechters, maar dit leidt niet tot grote verschillen in de strafbeslissingen.²¹

Dit soort onderzoek wekt de suggestie dat het rechterlijk oordelen geen bijzondere deskundigheid vereist en evengoed door leken kan worden gedaan.

18 Vgl. het pleidooi van Kwak voor een responsieve rechter, die zich bekommert om de consequenties van de uitspraak: Kwak 2003, 67-69.

19 Deze discussie of de taak van de rechter conflictoplosser of geschilbeslechter is, is voornamelijk gevoerd in het kader van de fundamentele herbezinning op het burgerlijk procesrecht, maar zou volgens mij evengoed – zij het steeds in een wat andere vorm – voor de bestuurs- en de strafrechter kunnen gelden.

20 Te beginnen met Crombag e.a. 1992. Voor de geschokte reactie van rechtspraak en -wetenschap zie de boekbespreking van Schalken 1992. De wetenschapsfilosoof Derksen reconstrueert de rechterlijke dwaling in de zaak van Lucia de B. en oordeelt vernietigend over de gang van zaken. Hij trekt zijn kritiek echter breder door de burgers te waarschuwen voor zeven retorische strategieën die zouden wijzen op rechterlijke manipulaties: Derksen 2009, 303-307. Voorlopige climax in de 'opstand der deskundigen' is de oproep van Wagenaar om alle raadsheer die betrokken waren bij de veroordeling van Lucia de Berk te wraken: NRC Handelsblad 22 april 2010.

21 Wagenaar 2008.

Het onderzoek heeft – zoals het meeste Nederlandse empirische onderzoek – betrekking op de bewijs- en straftoematingsbeslissing. Dit zijn net die beslissingen die in landen met juryrechtspraak aan de jury zijn toebedeeld, dus waarvan men vindt dat als leken bij de rechtspraak betrokken moeten worden dat bij deze beslissingen kan gebeuren.²² Dit soort onderzoek is eigenlijk vergelijkbaar met het aantonen dat wiskundigen niet beter kunnen rekenen dan leken door beide groepen staartdelingen voor te leggen. Buiten beschouwing blijft dan dat wiskunde veel meer is dan rekenkunst en dat wiskundigen niet alleen veel ingewikkelder bewerkingen kunnen doen dan leken, maar ook structuren herkennen en deze in de vorm van algemene stellingen gieten, die vervolgens weer een veelheid van nieuwe gevallen bevatten.²³ Iets vergelijkbaars geldt voor de rechter: naast juridische kennis beschikt de rechter over een specifieke deskundigheid in het oordelen. Deze oordeelskundigheid bevat onder meer het vermogen:²⁴

- om te oordelen over problemen waarvan niet alle onderdelen even duidelijk zijn. De rechter oordeelt over een situatie, gebeurtenis in het verleden, waarbij hijzelf geen partij is geweest. Ook al is niet alles even duidelijk, toch heeft de rechter een decisieverplichting en zal hij de knoop door moeten hakken. De rechtspsychologie heeft er terecht op gewezen dat er grenzen zijn aan dit vermogen en dat overschrijding van deze grenzen ernstig afbreuk doet aan de kwaliteit van de rechtspraak.
- om te oordelen als er geen doorslaggevende argumenten zijn. Bij de conflicten die aan de rechter worden voorgelegd is er meestal voor het standpunt van beide partijen wel iets te zeggen. Ook wanneer voor- en tegenargumenten elkaar in evenwicht houden, heeft de rechter een decisieverplichting en zal hij de knoop door moeten hakken.
- om te oordelen over problemen waarbij waardeconflicten optreden. Het bekendste voorbeeld is de botsing van grondrechten. Wat gaat vóór, de vrijheid van godsdienst of de vrijheid van meningsuiting? Waardeconflicten komen natuurlijk (minder expliciet) veel vaker voor, zoals waar de rechtsbescherming van de burger staat tegenover de beleidsvrijheid van de overheid. Ook wanneer er waardeconflicten spelen heeft de rechter een decisieverplichting en zal hij de knoop door moeten hakken.²⁵

22 De bevoegdheid van de jury is niet overal hetzelfde. Bijvoorbeeld de jury in België is zowel betrokken bij de bewijsbeslissing als bij de straftoematingsbeslissing, terwijl de jury in het Angelsaksische systeem alleen bevoegd is tot het nemen van de bewijsbeslissing: Roos 2006, 26, 50.

23 Neerven 2009, 22-23. Van Neerven start zijn oratie met de constatering dat het grote publiek wiskunde ten onrechte opvat als rekenkunst voor bollebozen.

24 Voor deze lijst ben ik geïnspireerd door de kenmerken van praktische wijsheid die Nussbaum en Deigh beschrijven in: Nussbaum 1994, 58-76, 78-91; Deigh 2000, 293-295.

25 Vgl. Gerards 2007.

- om het bijzondere te herkennen, om de relevantie van de feiten te herkennen en om te zien wat deze situatie van een andere onderscheidt. Nieuwenhuis bestempelt niet voor niets het vergelijken tot de kern van de methoden van de jurist, 'dat hecht verankerd [is] in het rechtvaardigheidspostulaat: het gelijke gelijk (analogie); het ongelijke ongelijk (argumentum a contrario)'.²⁶
- om te zien wat in concreto een 'billijke' oplossing is. Ondanks het feit dat er sprake is van een onzekere beslissing omdat er geen criterium is voor wat een rechtvaardige beslissing is, heeft de rechter een decisieverplichting en zal hij een acceptabele beslissing moeten vinden.²⁷
- om de keuze te maken tussen geschilbeslechting en conflictoplossing.²⁸
- om oordelen zo te formuleren dat ze toegesneden zijn op het specifieke geval en toch een veelheid van nieuwe gevallen bevatten.

In de heuristische fase gaat het dus niet alleen om een zoektocht naar juridische argumenten, maar om de zoektocht naar een oordeel dat billijk is en voor alle publieksinstanties aanvaardbaar is. Voor deze zoektocht is het verschil van mening cruciaal. Recht is confrontatie, stelt Nieuwenhuis dan ook, niet in navolging van Von Jhering maar meer in navolging van Gorgias:²⁹ het recht ontstaat steeds opnieuw door de discussie over wat recht en wat onrecht is in een concreet geval.³⁰ Het gaat bij deze discussie – bij deze argumentatieve confrontatie – niet alleen om de feiten van het geval of om de *juridische rationaliteit*. Het gaat bij de zoektocht naar een oplossing dus niet alleen om de normen die uit het systeem kunnen worden gedestilleerd, de kwalificatie van de relevante feiten, de te gebruiken interpretatiemethoden of redeneerwijzen, of om de beginselen die uit het systeem kunnen worden afgeleid. Het gaat bij de argumentatieve confrontatie en bij de oplossing daarvan om veel meer: om de waarden die bij het conflict of de beslissing betrokken zijn en de emoties die daardoor spelen, om de eisen die de beroepsomgeving stelt, om de eisen die de maatschappij stelt, om de persoonlijke waarden, de levenservaring en het empathische vermogen van de rechter. Om kort te gaan, in een juridische kwestie gaat het om een botsing tussen juridische, maatschappelijke en per-

²⁶ Nieuwenhuis 1976, 502.

²⁷ Aldus ook Hartendorp 2008, 40-44. Er valt natuurlijk veel meer te zeggen over de oordeelskundigheid van rechters, maar dat gaat buiten het doel van dit hoofdstuk. Zie hiervoor onder meer Hol 1997; Hol & Loth 2001; Vranken 2005; Sieburgh 2008; Hartendorp 2008; Loth 2009.

²⁸ Steenberghe 2007b.

²⁹ De beroemde opening van zijn *Der Kampf ums Recht* zegt voldoende: 'Das Ziel des Rechts ist der Friede, das Mittel dazu ist der Kampf.' Nieuwenhuis 2007, 1-4. Volgens Gorgias bestaat dé waarheid niet. Mensen hebben verschillende opvattingen over recht en rechtvaardigheid, het enige wat ze kunnen doen is debatteren over wat in casu recht en wat onrecht is. Zie ook Witteveen 2001, 385-387.

³⁰ Vranken spreekt van het recht als discursieve grootheid: Vranken 1995, 69.

soonlijke factoren, waardoor bij de juridische oordeelsvorming een complexe mix van intuïtieve, emotionele en deliberatieve processen speelt.

Ondanks de populariteit van de huidige terminologie stel ik dan ook voor deze te vervangen: de heuristische fase door de *oordeelsfase* en de legitimatie-fase door de *retorische fase*. De oordeelsfase is de fase waarin de rechterlijke oordeelsvorming plaatsvindt waarbij – zoals we in de volgende paragraaf zullen zien – bewuste en onbewuste mentale processen samenwerken. In deze fase wordt het intuïtieve oordeel door het deliberatieve proces gecontroleerd, aangevuld of verworpen in een zoektocht naar een voor alle publieksinstanties aanvaardbaar oordeel. Bij het intuïtieve proces zullen allerlei factoren een rol spelen, maar zeker de persoonlijke en de professionele geschiedenis van de rechter – dus ook zijn ervaringen met de *juridische rationaliteit* – terwijl bij het deliberatieve proces de *juridische rationaliteit*, naast andere argumenten, verbeeldingskracht en empathie een rol spelen.³¹

Pas als het oordeel geveld is, breekt de fase aan waarin de rechter zijn oordeel rechtvaardigt niet door het zoekproces rationeel te reconstrueren, maar door zijn publiek te overtuigen dat dit in casu de beste oplossing is. In deze fase zou de rechter op moeten treden als een retoricus die zijn publiek met goede rationele en emotionele argumenten probeert te overtuigen.³² Aangezien er een sterke band bestaat tussen oordelen en overtuigen, zou zowel bij het overtuigen *van* de rechter als bij het overtuigen *door* de rechter in de motivering ook aandacht moeten zijn voor de andere dan juridische factoren die bij het conflict spelen. Hierop kom ik in Hoofdstuk 7 nog terug.

2. De rationaliteit van de oordeelsvorming³³

2.1 Het dubbel-beslismodel, intuïtie en rechtsgevoel

2.1.1 Beslismodellen

In ieder geval blijkt uit de beschrijving van de deskundigheid van de rechter dat hij complexe beslissingen neemt in onzekere situaties. De cognitieve beslistheorie heeft beslismodellen ontwikkeld die de oordeelsvorming bij complexe onzekere beslissingen³⁴ zouden moeten rationaliseren, in de zin

³¹ Zie ook Loth 2005, 72-77.

³² In de retorica spreekt men van emotionele argumenten, zie Hoofdstuk 2 en zie ook Braet 1988, 16-22; Wisse 1989, 21-29.

³³ Tijdens het afronden van dit proefschrift verscheen de uitgave van de WRR Hoe mensen keuzes maken. De WRR-uitgave ondersteunt de in deze paragraaf ontwikkelde gedachtegang, Tiemeijer 2011.

³⁴ Beslissing waarbij er meerdere aspecten van een vraagstuk afgewogen moeten worden en er geen criterium is om te bepalen wat van de alternatieve uitkomsten de beste uitkomst is (zie hierover H1).

van verbeteren en voorspelbaar maken. Uit experimenten en observaties blijkt echter dat de beslisprijktik weerbarstig is, omdat de praktijk niet overeenkomt met de theorie.

Ik heb ooit in een sollicitatiecommissie gezeten voor een nieuwe directeur van de school van een van mijn kinderen. Er was een sollicitatieprocedure vastgesteld gebaseerd op een cognitief beslismodel (de voorzitter was een econoom).

We hebben eerst de criteria vastgesteld aan de hand waarvan we de kandidaten zouden beoordelen. Daarna is afgesproken hoe we de kandidaten zouden toetsen aan de criteria en op welke schaal we de uitkomsten zouden waarderen (schaal van 1 t/m 5). We spraken zes kandidaten en aan elke kandidaat werden dezelfde vragen gesteld. Daarna bepaalde elk lid van de sollicitatiecommissie voor zichzelf in welke mate deze kandidaat aan de criteria voldeed en gaf de kandidaat voor elk getoetst criterium een cijfer (tussen 1-5). De som van deze cijfers bepaalde de score van de kandidaat. Elk commissielid stelde zodoende een persoonlijke rangorde van de kandidaten vast. In de beslissingsronde noemde elk commissielid de drie kandidaten die op zijn lijstje de hoogste scores hadden behaald, deze kregen dan op de verzamellijst 3 (de kandidaat met de hoogste score), 2 of 1 punt. Uiteindelijk zou de kandidaat met de hoogste score op de verzamellijst benoemd worden.

Maar..... nadat ik de scores van mijn eigen lijsten had opgeteld kwam er een rangorde uit waar ik het helemaal niet mee eens was. Ik vond de kandidaat met de hoogste score helemaal niet de beste kandidaat.

In de praktijk blijken mensen heel vaak tot andere beslissingen te komen dan de beslismodellen voorschrijven of – anders gezegd – menselijke oordelen blijken helemaal niet zo rationeel en voorspelbaar te zijn.³⁵

In de economische psychologie is onderzoek gedaan naar de redenen voor de discrepantie tussen de theorie en de praktijk van het oordelen.³⁶ De verklaring ligt in het feit dat de capaciteiten van mensen beperkt zijn. Damasio stelt dat het rationele proces te veel tijd en te veel hersencapaciteit kost:

35 Dit is nog eens bevestigd door het onderzoek van Van Dijk & Sonnemans die na een experiment concluderen dat ook hoogopgeleide mensen moeite hebben met kansberekening. De helft van de 118 deelnemers aan het experiment redeneert op een min of meer rationele wijze: van de weging van elk individueel bewijsmiddelen voor de kans op schuld/onschuld, via inschatting van de combinatie van al het bewijs voor de kans op schuld naar een conclusie dat het ten laste gelegde al dan niet wettig en overtuigend bewezen is. Onderzoekers concluderen dat de anderen op een meer intuïtieve manier het bewijs beoordelen en al dan niet tot een veroordeling komen. Opvallend is echter dat de 'intuïtieve' beslissers nauwelijks minder redelijke beslissingen blijken te nemen dan de 'rationele' beslissers: Dijk & Sonnemans 2009, 31-36.

36 Dit onderzoek is onder meer neergelegd in twee overzichtbundels: Tversky & Kahneman 1982. En twintig jaar later in Gilovich e.a. 2002.

[Een rationeel beslisproces] (...) veronderstelt in principe dat u de verschillende scenario's een voor een bekijkt en, om in boekhoudersjargon te zeggen, voor elk van de scenario's een kosten-batenanalyse maakt. Op grond van de 'subjectieve verwachte opbrengst', die u wilt maximaliseren, concludeert u welk scenario gunstig is en welk ongunstig. (...) In feite wordt u geconfronteerd met een ingewikkelde berekening (...) die wordt bemoeilijkt doordat u ongelijksoortige uitkomsten moet vergelijken (...). Laat ik maar toegeven dat u er niet uit zult komen als de rationaliteit die ik hierboven beschreven heb de enige strategie is die u ter beschikking staat. In het beste geval zal uw beslissing zo buitensporig veel tijd vergen dat u die dag aan niets anders zult toekomen. In het slechtste geval zult u verstrikt raken in de uitwassen van uw berekening, zodat u helemaal nooit tot een beslissing komt.³⁷

Iemand die een beslissing moet nemen heeft meestal niet genoeg tijd en in ieder geval niet genoeg hersencapaciteit om alle suboordelen en alle lijstjes met 'kosten en baten' in zijn geheugen paraat te houden.³⁸

Maar, hoe komen mensen dan wel tot een beslissing? Baanbrekend is het onderzoek van Tversky en Kahneman geweest. Zij komen met twee verklaringen voor de discrepantie tussen de modellen en de praktijk, namelijk (i) dat oordeelsvorming plaatsvindt door twee mentale processen, *het dubbel-beslismodel* en (ii) dat men bij de oordeelsvorming *vuistregels* gebruikt.

2.1.2 De twee processen nader bezien

Psychologisch onderzoek naar de oordeelsvorming gedurende een paar decennia heeft geleid tot een twaalfstal dubbel-beslismodellen.³⁹ Hoewel deze modellen in allerlei details variëren, onderscheiden ze allemaal een intuïtief en een deliberatief proces bij de oordeelsvorming.⁴⁰ De opvatting dat er in het brein twee systemen van oordeelsvorming naast elkaar bestaan, wordt dan ook breed gedragen door psychologen van verschillende denkrichtingen.⁴¹ Zij verschillen echter van mening over de verhouding tussen de twee mentale processen.⁴²

37 Damasio (1995)2000, 194.

38 Zie ook Dijksterhuis 2007, 19-24.

39 Zie voor een overzicht Chaiken & Trope 1999.

40 Er zijn verschillende benamingen in omloop onder meer de benaming intuïtief proces – rationeel proces, maar deze tegenstelling wil ik juist vermijden. Het voordeel van de term deliberatief is dat deze zowel verwijst naar een 'weloverwogen beraad' als naar 'welbewust'.

41 Guthrie e.a. 2007, 9 noot 49.

42 Een andere opvatting over de samenwerking tussen de twee processen is die van de 'cognitieve vrek': het intuïtieve proces doet het meeste werk en het deliberatieve proces wordt alleen ingeschakeld als het de moeite waard is en er voldoende tijd beschikbaar is. Voor verwijzingen zie Gilovich e.a. 2002, 16.

In het dubbel-beslismodel van Kahneman en Frederick vindt eerst een intuïtief oordeel plaats, waarna het deliberatieve proces dit intuïtieve oordeel controleert.

System 1 quickly proposes intuitive answers to judgment problems as they arise, and System 2 monitors the quality of these proposals, which it may endorse, correct, or override.⁴³

Het intuïtieve proces (ook wel *System 1* genoemd) doet suggesties voor de oplossing van problemen die zich aanbieden. Het deliberatieve proces (ook wel *System 2* genoemd) bewaakt de kwaliteit van deze voorstellen en bevestigt, verbetert of verworpt ze.⁴⁴

Er is enig neurowetenschappelijk bewijs voor deze gescheiden processen bij de oordeelsvorming – er zouden gescheiden delen van de hersenen betrokken zijn bij ieder van deze processen – maar het idee dat gescheiden hersendelen zijn toegewijd aan specifieke functies staat ter discussie. Het lijkt waarschijnlijker dat bij elke ingewikkelde (cognitieve) taak verscheidene hersendelen en structuren betrokken zijn.⁴⁵ Hoe dit ook zij, door het aanvaarden van een dubbel-beslismodel voor onzekere beslissingen erkent de cognitieve psychologie dat de oordeelsvorming niet alleen een kwestie is van een rationele keuze, maar dat daarnaast onbewuste, intuïtieve processen deel uit maken van de oordeelsvorming.

Aangezien het rechterlijk oordeel een complex onzeker oordeel is, zijn ook bij de rechterlijke oordeelsvorming twee mentale processen betrokken. Dat oordeelsvorming plaatsvindt door een deliberatief of argumentatief denkproces zal niemand verbazen. Dat het intuïtieve proces een rol speelt hoeft ook niemand te verbazen, maar over de inhoud van dit proces is in de rechtswetenschap weinig geschreven. Hier kan recent psychologisch onderzoek mogelijk nieuwe inzichten bieden.

⁴³ Kahneman & Frederick 2002, 51.

⁴⁴ Kahneman & Frederick 2002, 67-68. Dit onderscheid doet denken aan de scheiding van lichaam en geest, waar Ryle zich tegen verzette (zie Hoofdstuk 4). Kahneman en Frederick doen hun best deze indruk weg te nemen door de nadruk te leggen op het feit dat het twee vergelijkbare processen zijn die zich van elkaar onderscheiden op het gebied van hun snelheid, gecontroleerdheid en de manier waarop ze werken.

⁴⁵ Zie voor een samenvatting van de stand van zaken in de neurowetenschappen met literatuurverwijzingen Goodenough & Prehn 2004 (B359), 1709-1726.

Intuïtief proces/systeem-1	Deliberatief proces/systeem-2
Onbewust proces, resultaat dringt door tot bewustzijn	Proces en resultaat bewust
Moeiteloos	Moeizaam
Snel	Traag
Automatisch	Wilsafhankelijk
Associatief	Analytisch
Gericht op herkennen van patronen	Gericht op toepassen van regels/criteria
Niet-talig	Talig
Gebruikt ook stilzwijgende kennis ⁴⁶	Gebruikt alleen expliciete kennis

Nadere typering van twee denkprocessen betrokken bij de oordeelsvorming

a. *Het intuïtieve proces*

Aangezien het intuïtieve proces een onbewust proces is, is het niet direct toegankelijk voor controle van en reflectie door het bewustzijn.⁴⁷ Toch heeft de inbreng van het intuïtieve proces niet minder kwaliteit dan de inbreng van het deliberatieve proces. Een proces bestempelen als intuïtief heeft volgens Dijksterhuis meer te maken met de grenzen van ons bewustzijn, dan met de kwaliteit van het proces. Hij spreekt zelfs van ‘onbewust nadenken’.⁴⁸ Hij reserveert de term denken dus niet voor bewuste processen, maar gebruikt deze term voor alle processen waarbij een hoeveelheid verwarrende informatie wordt geordend tot een overzichtelijk geheel. In een aantal experimenten heeft hij proefpersonen complexe keuzes laten maken, waarbij een groep meteen moest beslissen (impulsieve beslissers), de tweede groep proefpersonen kreeg de tijd om er goed over na te denken (rationele beslissers). De derde groep kreeg de opdracht om een beslissing te nemen nadat ze een andere opdracht hadden vervuld (onbewust nadenken). Steeds bleek de laatste groep de keuze te maken die of objectief de beste was, of waar de beslisser het langst tevreden mee was.⁴⁹ Dit onderzoeksresultaat verklaart Dijksterhuis door de verschillen in de eigenschappen van bewuste en onbewuste denkprocessen. Bewust nadenken is regelgebonden en is nauwkeuriger, preciezer en daardoor kritischer. De hersencapaciteit (de capaciteit van het werkgeheugen) van mensen is echter betrekkelijk klein, waardoor de onbewuste processen betere resultaten opleveren dan bewuste wanneer de hoeveelheid informatie die verwerkt moet worden toeneemt of wanneer de tijdsdruk toeneemt.

Deutsch & Strack onderschrijven de redenering van Dijksterhuis en wijzen erop dat bij het intuïtieve proces dezelfde cognitieve kennis wordt gebruikt als bij het deliberatieve proces.⁵⁰ Het gaat in het intuïtieve proces om expli-

⁴⁶ De verschillende soorten kennis zijn beschreven in H4 §3.1.

⁴⁷ Aldus ook Goodenough & Prehn 2004 (B359), 1717; Sadler-Smith 2008, 30-32.

⁴⁸ Dijksterhuis 2007, 126-138.

⁴⁹ Dijksterhuis 2004; Dijksterhuis & Olden 2006.

⁵⁰ Dijksterhuis 2007, 130-134; Deutsch & Strack 2008.

ciete, impliciete en stilzwijgende kennis van de beslisser, om zijn expertise.⁵¹ Het gaat dus om geschoolde intuïtie. De expertise maakt het mogelijk dat de beslisser onderscheid kan maken tussen grote hoeveelheden variabelen en situaties en dat hij niet bewust hoeft na te denken over wat te doen, maar vrij automatisch doet wat normaal gesproken werkt. Pas als de situatie niet in de bekende patronen past zal hij bewust gaan redeneren.⁵²

De rol van vakkennis en ervaring (expertise) bij de intuïtie wordt bevestigd door het onderzoek van De Groot.⁵³ Hij constateerde al dat een schaakgrootmeester een stelling snel herkent en meteen ook de gewenste positie (het doel) ziet en dan terugredenerend bepaalt welke zet hij nu moet doen. Recenter heeft de neuroloog Snoek – inmiddels hoogleraar klinisch onderwijs in Groningen – onderzocht wat het verschil is in het proces van diagnosticeren bij een ervaren en een onervaren neuroloog. De ervaren neuroloog blijkt sneller het ziektebeeld te herkennen en dan ook tegelijk een (of meer) oplossing(en) te zien. Snoek concludeert dat het intuïtieve proces van de expert zich onderscheidt van dat van een minder ervaren collega door het gemak waarmee de ervaren deskundige patronen en wenselijke oplossingen herkent en het gemak waarmee hij toegang heeft tot relevante kennis in het geheugen. De ervaren neuroloog laat zich eerder leiden door op kennis en ervaring gebaseerde vuistregels en door gevoel. De ervaren diagnosticus vertrouwt eerder op de oplossing die gevoelsmatig de voorkeur heeft. Voor de veel voorkomende diagnose is vaak het intuïtieve proces voldoende. Pas als een patiënt niet gemakkelijk in een bekend patroon is in te passen gaat de ervaren diagnosticus expliciet redeneren en eventueel extra kennis vergaren.⁵⁴

Deze bevindingen van Snoek bieden evenzeer inzicht in het denken van veel andere experts die onzekere beslissingen moeten nemen en na het analyseren van een complex probleem en het stellen van een diagnose moeten handelen. Ze bieden ook inzicht in de intuïtie van de rechter. De praktische deskundigheid van de rechter bestaat immers in het nemen van onzekere beslissingen in complexe problemen waarvan de feiten niet allemaal bekend zijn; waarbij onderscheid gemaakt moet worden tussen feiten die in een patroon passen en feiten die het patroon verstoren; waarbij naar kenmerken moet worden gezocht die deze situatie van een andere onderscheiden, waarbij de ‘beste’ oplossing moet worden gezocht terwijl er geen criterium is voor wat een goede oplossing is. In zoverre zijn de werkzaamheden van een medische en juridische expert vergelijkbaar.⁵⁵ In het intuïtieve proces bij de

51 Sadler-Smith 2008, 31. Zie ook Hoofdstuk 4 voor het onderscheid tussen expliciete, impliciete en stilzwijgende kennis.

52 Sadler-Smith 2008, 103-123.

53 Groot 1946.

54 Snoek 1989, 240-249.

55 Er zijn natuurlijk ook wel verschillen aan te wijzen: de rechter krijgt te maken met situaties waarbij hij moet beslissen zonder dat er doorslaggevende argumenten zijn, terwijl de arts

rechterlijke oordeelsvorming spelen vakkennis en professionele ervaring dan ook dezelfde rol. Het helpt de rechter om onderscheid te maken tussen grote hoeveelheden variabelen en situaties en laat hem vrij automatisch patronen herkennen en oplossingsrichtingen kiezen.

Langs een andere weg komt Hartendorp tot dezelfde conclusie. Hij laat zien hoe (ervaren) rechters min of meer spontaan problemen, risico's en oplossingsrichtingen herkennen. Dit 'spontane' handelen maakt onderdeel uit van de praktijk⁵⁶ waarin de rechter zijn werkzaamheden verricht.⁵⁷ Hartendorp spreekt hier van individuele en collectieve routines en citeert een rechter die hij interviewde:

Maar als je het hebt over de vraag hoe kom je aan die beslissing, dan is het voor een deel het herkennen van wat nou ruis is en waar het werkelijk om gaat. Dat is één van de belangrijkste punten. En hoe je dat precies doet, ja dat is een combinatie van juridische kennis die natuurlijk overal op de achtergrond meedraait terwijl je de stukken leest en langzamerhand het beeld van de zaak die je opbouwt doordat je voortdurend aan het selecteren bent van wat wel en wat niet relevant is. Langzamerhand focust het zich op een paar punten waar het om gaat.⁵⁸

Waar Hartendorp spreekt van 'spontaan herkennen' doelt hij mijns inziens op gedrag dat voortkomt uit het intuïtieve proces van oordeelsvorming, waarbij de persoonlijke kennis en ervaring van de rechter belangrijke bestanddelen vormen.

b. Het deliberatieve proces

Het intuïtieve proces verloopt onbewust, maar de uitkomst worden we ons op een of andere manier wel bewust. Tijdens de oordeelsvorming is er kennelijk sprake van een innerlijke samenspraak, tussen bewuste denkprocessen en het resultaat van onbewust verlopende processen. De bewuste processen zorgen voor de kritische overdenking door tegenspraak te bieden aan het resultaat

kan doorzoeken naar het doorslaggevende argument door bijvoorbeeld meer laboratoriumonderzoek, een MRI-scan of een kijkoperatie te doen. Andere verschillen zijn dat bij de rechterlijke beslissing een normensysteem wordt toegepast terwijl de medische beslissing feitelijk blijft, dat de arts na de diagnose de ziekte moeten behandelen (het probleem probeert op te lossen), terwijl de rechter na de diagnose het conflict beëindigt door een van de partijen gelijk te geven en deze beslissing publiekelijk te rechtvaardigen.

56 Schön beschrijft een professionele praktijk als 'a repertoire of expectations, images and techniques'. Zolang de professional geconfronteerd wordt met dezelfde soort zaken 'his knowing-in-practice tends to become increasingly tacit, spontaneous, and automatic...', Schön 1983, 60.

57 Hartendorp 2008, 143-148.

58 Hartendorp 2008, 145.

van het intuïtieve proces; daarom vat ik deze samen onder de noemer van het deliberatieve proces.

Baumeister e.a. laten zien dat bewuste processen het intuïtieve proces kunnen overheersen, onderbreken of kunnen voorkomen dat gehandeld wordt op basis van het intuïtieve oordeel. Volgens deze schrijvers draagt het bewuste denken vier factoren aan het proces van oordeelsvorming bij. Op de eerste plaats maakt het bewuste denken het mogelijk om de huidige gebeurtenis te vergelijken met vroegere gebeurtenis en daar het gedrag op af te stemmen. Ten tweede bevordert het bewuste denken de sociale intelligentie door gemeenschappelijke opvattingen te achterhalen. Ten derde maakt het bewuste denken het mogelijk om zich alternatieven in te beelden. Het maakt het mogelijk om automatische processen (vuistregels/valkuilen, zie §2.2) te doorbreken door alternatieve oplossingen te bedenken. En, last but not least komt al het menselijk handelen voort uit een wisselwerking tussen automatische, onbewuste processen en bewuste processen. Beide processen vervullen een eigen, belangrijke rol bij de oordeelsvorming.⁵⁹ Bij een rechterlijk oordeel bijvoorbeeld, wordt het intuïtieve oordeel door het deliberatieve proces steeds aan de regels en de criteria uit het normensysteem getoetst.

2.1.3 *Het dubbel-beslismodel en de rechtstheorie*

In de rechtstheorie is de opvatting dat rechterlijke oordeelsvorming bestaat uit twee verschillende mentale processen sinds 1931 gemeen goed. Scholten spreekt in 1931 immers al van twee processen: een irrationeel en een rationeel proces of over een intuïtief en een intellectueel proces. Het irrationele proces heeft, volgens Scholten, te maken met de onzekerheid van elk rechterlijk oordeel. Rechters hebben bij het oordelen geen houvast aan een norm die aangeeft wat een juist oordeel is, zodat zij alleen houvast aan hun eigen geweten kunnen ontleen:

De rechter doet anders dan waarnemen te wiens gunste de schaal overslaat, hij *beslist*. De beslissing is een handeling, zij wortelt ten slotte in het geweten, van hem, die haar verricht (...) Het rechtsoordeel zetelt in het zedelijk deel van ons geestesleven; ieder goed rechter streeft er altijd weer naar dat op te leggen, wat hij in eigen geweten verantwoorden kan, In zoverre is ieder rechtsoordeel *irrationeel*.⁶⁰

Het gewetensoordeel, als irrationeel oordeel, kan, aldus Scholten, alleen verantwoord worden in een rationeel proces.

⁵⁹ Baumeister e.a. 2011, 18-23.

⁶⁰ Scholten (1931)1974, 130.

Die verantwoording kan alleen door een redenering geschieden, waardoor de uitspraak in verband wordt gebracht met de factoren die gezag hebben in een bepaalde gemeenschap. In zoverre is ieder rechtsoordeel *rationeel*. In de verplichting tot motivering vindt deze zijde der rechtspraak haar volledige uitdrukking.⁶¹

Scholten lijkt het onderscheid tussen het irrationele en het rationele proces gelijk te stellen met het onderscheid tussen heuristiek en legitimatie: bij de oordeelsvorming is het (irrationele) geweten leidraad en bij de motivering de (rationele) gezaghebbende argumenten. Scholten wijst echter de opvatting af dat de rechter de uitspraak meteen ziet na kennisname van de feiten en dat hij vervolgens op zoek gaat naar juridische argumenten om dit intuïtieve oordeel te onderbouwen. Want, zegt Scholten, de juridische argumenten werpen hun schaduw al vooruit in het intuïtieve oordeel.

Verstand- en gevoelsargumenten in het eindoordeel kunnen wij door analyse onderscheiden, in de werkelijkheid komen zij slechts ongescheiden voor. Naar de gevoelszijde van ons geestesleven raakt het rechtsoordeel tegelijk de intuïtieve scheiding tussen goed en kwaad, het zedelijk oordeel én het beleven der gemeenschap, waarin het recht moet worden verwerkelijkt – verstandelijk tegelijk de verantwoording tegenover de gemeenschap en het daarin geldend gezag en tegenover eigen geweten.⁶²

Scholten deelt dus het intuïtieve (irrationele) oordeel in bij de oordeelsvorming en de (rationele) argumentatieve processen bij de motiveringsfase, maar stelt dat deze processen wel te onderscheiden, maar niet te scheiden zijn: ‘Recht vinden is altijd tegelijk èn intellectueel èn intuïtief zedelijk werk.’⁶³ Zodat er, volgens Scholten, sprake is van een wisselwerking tussen heuristiek en legitimatie.

Kunnen we dan concluderen dat Scholten een dubbel-beslismodel hanteert? Neen, want er is een klein, maar belangrijk verschil tussen de opvatting van Scholten en het dubbel-beslismodel. Scholten laat het intuïtieve proces samenvallen met de heuristische fase en het intellectuele werk plaatst hij in de legitimatiefase. In het citaat hierboven stelt hij immers de rationele fase gelijk aan ‘de verplichting tot motivering’. Terwijl bij het dubbelproces de oordeelsvorming juist bestaat uit een intuïtief oordeel dat eerst plaatsvindt – dit verloopt immers snel en moeiteloos – waarna een deliberatief proces

61 Scholten (1931)1974, 130.

62 Scholten (1931)1974, 132.

63 Scholten (1931)1974, 132.

het intuïtieve oordeel bijstelt, wijzigt of bevestigt.⁶⁴ Zodat tijdens de oordeelsvorming intuïtieve en deliberatieve processen met elkaar in dialoog zijn. Als door de deliberatie het oordeel gevormd is, breekt een nieuwe fase aan, de fase waarin het oordeel gemotiveerd moet worden.

2.1.4 *Rechtsgevoel: boodschapper van de intuïtie*

Wanneer het intuïtieve proces in de oordeelsfase onbewust verloopt en we ons alleen het resultaat van het proces – het intuïtieve oordeel – bewust worden, dan rijst de vraag hoe het intuïtieve oordeel tot ons bewustzijn doordringt. In de ethiek wordt veel gedebatteerd over het karakter van het morele oordeel. Er is een stroming die het morele oordeel ziet als een intuïtief oordeel en het moreel redeneren alleen een rol geeft wanneer het intuïtieve oordeel verklaard of beredeneerd moet worden. Een belangrijke vertegenwoordiger van deze stroming – social intuitionism – is Haidt. Volgens hem spelen emoties een belangrijke rol bij de bewustwording van het intuïtieve oordeel.⁶⁵ Hij licht deze functie van emoties toe met het volgende voorbeeld.

Julie en Mark, broer en zus, zijn op vakantie in Frankrijk. Op een nacht wanneer ze ergens alleen in een hutje op het strand verblijven, besluiten ze om als experiment met elkaar naar bed te gaan. Julie is aan de pil en Mark gebruikt voor de zekerheid een condoom. Ze genieten beiden van de vrijpartij, maar besluiten het niet weer te doen. Deze nacht koesteren ze als hun gedeelde geheim, waardoor ze zich nog nauwer met elkaar verbonden voelen.

Haidt wijst erop dat de meeste mensen meteen weten dat ze het slecht vinden dat broer en zus met elkaar vrijen, maar dat ze het veel moeilijker vinden om daar in dit geval een goede reden voor te geven. Het gevaar van inteelt speelt hier niet, het gevaar van emotionele schade ook niet. Volgens hem voelt de luisteraar bij het verhaal van Julie en Mark een vlaag van afkeer waardoor deze weet dat er iets fout is, maar hij is zich niet bewust van een voorafgaande intuïtief verlopen afwegingsproces. De vlaag van afkeer is de conclusie van dit intuïtieve proces. Haidts spraakmakende artikel is dan ook getiteld: *The emotional dog and its rational tail*, waarmee hij wil zeggen dat de emotie de motor is die de ratio aan het werk zet.⁶⁶

Over de relatie tussen het intuïtieve en het rationele proces verschil ik – in navolging van Kahneman en Frederick en net als Pizarro en Bloom – van mening met Haidt. Hij ziet het rationele proces immers als de legitimatie

64 Kahneman & Frederick 2002, 51; Sunstein 2003, 761-762. Zie voor een neurowetenschappelijke visie Damasio (1995)2000, 207-213; Goodenough & Prehn 2004 (B359), 1713-1714.

65 Haidt 2001, 814-815. Voor een onderbouwing van deze theorie vanuit de cognitieve wetenschap zie Greene & Haidt 2002.

66 Zie voor kritiek Pizarro & Bloom 2003. En voor een weerwoord Haidt 2003.

achteraf van een intuïtief oordeel en deze opvatting heb ik hierboven (§2.1.2) afgewezen. Haidts visie op de relatie tussen intuïtie en emotie spreekt me wél aan, want de vlaag van afkeer die Haidt beschrijft voldoet aan alle bestanddelen van een emotie. In het vorige hoofdstuk heb ik immers geconcludeerd dat een emotie bestaat uit een opvatting en een gevoel over iets in de wereld en de neiging om daarnaar te handelen. In Haidts visie leidt het intuïtieve proces tot vlaag van afkeer – dit is een gevoel – die een opvatting impliceert over een object of situatie in de wereld. De daarbij horende neiging tot handelen verklaart de door Haidt gesignaleerde ‘strong link between moral emotions and moral action.’⁶⁷ Het intuïtieve proces leidt uiteindelijk tot een beleving die de bestanddelen bevat – opvatting, gevoel en dadendrang – die samen een emotie vormen.⁶⁸ Het intuïtieve proces veroorzaakt een – bij deze casus negatieve – emotie, die iemand doet concluderen dat de incest van Julie en Mark slecht is. Door de emotie worden we ons de uitkomst van het onbewuste intuïtieve proces dus gewaar.

De emotie vormt zo de brug tussen het onbewuste en het bewuste. Wanneer we deze visie toepassen op het juridische oordeel dan leidt dat tot het volgende. Bij de juridische oordeelsvorming leidt het intuïtieve proces tot een emotie, een opvatting en een gevoel over een situatie in de wereld, waardoor de jurist concludeert dat er sprake is van recht of van onrecht en spontaan stelling neemt in een juridische kwestie.⁶⁹ Deze emotie – opvatting, gevoel en dadendrang – noemen we het rechtsgevoel.⁷⁰ Scholten verwoordt het in *Recht en levensbeschouwing* treffend.

(...) het rechtsgevoel, de spontane, intuïtief geboren overtuiging tegenover het handelen van anderen ... Ons rechtsgevoel komt tegen zeker handelen in opstand, zeggen wij. Daarmee wordt uitgedrukt de pijn, die we ondergingen en de reactie die we begeeren. Over dit intuïtief oordelen denke men niet te laag. Er zijn gevaren aan verbonden, zeker, ik spreek er zoo straks over. Maar wie eenmaal slechts de emotie heeft ondergaan tegenover een of ander gebeuren: dat is onrecht – dat duld ik niet, *weet* de waarheid, die het voor hem bevat. Er is geen reden dat oordeel lager te stellen dan een door denken gevonden.⁷¹

Scholten ziet het rechtsgevoel kennelijk als de conclusie van een intuïtief proces (‘de intuïtief geboren overtuiging’) dat bij het oordelen is betrokken

67 Haidt 2001, 823.

68 Aldus ook Dijksterhuis 2007, 130. Hij stelt dat je het onbewuste het werk laat doen en op een gegeven moment ‘voelt’ wat de beste beslissing is.

69 Vgl. de omschrijving van rechtsgevoel in de monografie van Bihler 1979, 59.

70 Ik realiseer me dat dit een ander gebruik van de term rechtsgevoel is dan in rechtssociologische kringen gebruikelijk is, zie voor een kennismaking met deze terminologie Hertogh 2006.

71 Scholten (1915)1949, 143.

en dat gelijkwaardig is aan het rationele proces ('geen reden dat oordeel lager te stellen dan een door denken gevonden'). De gevaren waar hij naar verwijst, behandelt hij een paar pagina's later.⁷² Hij noemt de lichtvaardigheid van het intuïtieve oordeel, de grote invloed van persoonlijke sympathieën en antipathieën op het intuïtieve oordeel en de neiging te generaliseren ('is in eenigen strijd eenmaal door een der partijen onrecht gepleegd, dan is het voor velen zwaar om aan te nemen dat die partij niet voortdurend onrecht pleegt'). Scholten benadrukt dat er alleen van rechtsgevoel mag worden gesproken door 'wie ontroering over anderen aangedaan onrecht gevoeld'. Hij benadrukt ook dat we iets pas als *onrecht* ervaren 'wanneer wij oordeelen dat zij niet mag worden geduld, dat zij zoo mogelijk had moeten zijn verhinderd, dat zij zoo mogelijk moet worden ongedaan gemaakt door ieder die daartoe de macht heeft'.

Ruim vijftien jaar later in het *Algemeen Deel*⁷³ wijst Scholten de term rechtsgevoel af als dubbelzinnig en onjuist. Hij geeft de voorkeur aan de term *rechtsbewustzijn*, omdat het begrip enerzijds verwijst naar de individuele innerlijke overtuiging van de rechter over recht en onrecht, en anderzijds naar dát wat gemeenschappelijk is, de rechtsbeleving van de leden van de gemeenschap. De term rechtsgevoel acht Scholten in 1931 niet geschikt voor gebruik in het recht want deze term reserveert hij voor de puur persoonlijke intuïtie van wat (on)recht is. De term *rechtsbewustzijn* moet duidelijk maken dat het hier niet om een individueel gevoel gaat, maar om een in de gemeenschap gedeeld gevoel dat van de gemeenschap eist dat deze optreedt tegen als onrecht gevoeld gedrag.

In een van zijn laatste geschriften *Kenmerken van het recht* – een onvoltooid manuscript uit de jaren 1943 en 1944 dat het eerste hoofdstuk had moeten worden van een boek met als titel *Het recht van het recht* – buigt Scholten zich opnieuw over de verhouding tussen recht en rechtsgevoel en werkt hij het verschil tussen rechtsgevoel en rechtsbewustzijn verder uit. Van ons rechtsgevoel worden we ons, aldus Scholten, meestal pas bewust wanneer we geconfronteerd worden met onrecht.⁷⁴ Wanneer dit gebeurt, zijn we verontwaardigd en eisen we dat de gemeenschap het onrecht herstelt. Zodra we hiervoor een beroep op de gemeenschap doen, vindt 'een verstandelijk omzetten' plaats van rechtsgevoel naar rechtsbewustzijn. Een beroep op de gemeenschap om onrecht te herstellen kan alleen voor zover een ander lid van de gemeenschap dit ook zou kunnen vragen. Dit betekent dat het individuele *rechtsgevoel* een verstandelijke bewerking ondergaat om als *rechtsbewustzijn* een factor te zijn bij het oordelen, omdat recht altijd betreft 'den mensch in betrekking tot anderen en die betrekking in verband met de gemeenschap

72 P. 145-146.

73 De eerste druk is uit 1931.

74 Scholten (1943-1944) 1949, 5.

waartoe zij behoren'. Deze bewerking bestaat dus uit het algemeen maken van de claim die voortkomt uit het geschonden gevoel van rechtvaardigheid, door de claim het karakter van een aanspraak te geven die alle leden van de gemeenschap toekomt. Scholten spreekt hier zelfs van het regelkarakter van het rechtsbewustzijn. Hij geeft een voorbeeld van twee ouderparen die een baby als hun kind op eisen. Na een bombardement op een ziekenhuis tijdens de oorlog zijn moeders en baby's van elkaar gescheiden geraakt. Een baby-lijke is zo verminkt dat het niet geïdentificeerd kan worden. Bloedonderzoek wijst uit dat de baby een veelvoorkomende bloedgroep heeft, zodat het een kind zou kunnen zijn van beide ouderparen. De president van de rechtbank moet beslissen. Na een minutieus onderzoek wijst de rechter het kind toe aan het eisende ouderpaar.

De vrouw, die haar kind opeischt, wordt bewogen door wat zij persoonlijk, geheel innerlijk ondervond, maar als zij eischt, zegt zij: ik als moeder heb recht. In dit 'als moeder' zit, dat alle moeders recht hebben.

Het rechtsgevoel maakt dus pas deel uit van het recht wanneer het tot rechtsbewustzijn is gemaakt met behulp van reflectie ('rechtsbewustzijn is de reflectie van rechtsgevoel')⁷⁵ over de vraag of de claim die uit het rechtsgevoel voortkomt algemene gelding heeft. Het rechtsgevoel moet generaliseerbaar zijn, wil het als rechtsbewustzijn deel uitmaken van het recht. Bij Scholten is het echter niet altijd duidelijk of hij een descriptief of normatief standpunt inneemt. Hier vat ik zijn weergave van de verhouding tussen rechtsgevoel en rechtsbewustzijn op als een beschrijving.

Ondanks het feit dat Scholten het meer heeft over de vraag in hoeverre het rechtsgevoel tot het recht behoort, sluiten zijn denkbeelden mooi aan bij de opvatting dat bij de rechterlijke oordeelsvorming twee mentale processen betrokken zijn. Hij erkent het belang van de intuïtie bij de oordeelsvorming, erkent dat de scholing en de ervaring van de rechter de intuïtie voeden, dat het intuïtieve oordeel zich uit in een individueel rechtsgevoel. Daarnaast erkent hij dat er een proces is van verstandelijke overweging, waardoor het rechtsgevoel in rechtsbewustzijn overgaat en deel uitmaakt van het recht. Deze denkbeelden van Scholten passen wonderwel bij een dubbel-beslismodel, waarin het deliberatieve proces controle uitoefent op het rechtsgevoel dat het resultaat is van het (onbewuste) intuïtieve proces.

Het verband tussen intuïtie en rechtsgevoel dat Scholten voor de rechterlijke oordeelsvorming legt, is vergelijkbaar met het verband dat Haidt tussen intuïtie en gevoel van goed of slecht legt voor de morele oordeelsvorming. Het rechtsgevoel is de conclusie van het intuïtieve proces, waardoor in het

75 Scholten (1943-1944)1949, 5.

rechtsgevoel de kracht en de zwakte van het intuïtieve proces samenkomen. De kracht zit in de snelheid, waarmee de associaties worden gemaakt, waarbij de concrete kenmerken van een situatie worden vergeleken met de ervaring en kennis van de beslisser. De zwakte van het intuïtieve proces zit in de vuistregels en valkuilen die het intuïtieve proces weliswaar mogelijk maken, maar ook tot beoordelingsfouten kunnen leiden.

2.2 Cognitieve vuistregels en valkuilen

De tweede verklaring voor het verschil tussen de beslismodellen van een rationeel oordeel en de geobserveerde werkelijkheid is een gevolg van de beperkte hersencapaciteit die Damasio beschreef. Kahneman en Tversky veronderstellen dat mensen de beperkte hersencapaciteit compenseren door gebruik te maken van 'cognitive heuristics and biases': cognitieve vuistregels en valkuilen. Mensen zijn geneigd om mogelijke uitkomsten te waarderen aan de hand van een beperkte hoeveelheid vuistregels (*heuristic principles*).⁷⁶

(...) people rely on a limited number of heuristic principles which reduce the complex tasks of assessing probabilities and predicting values to simpler judgmental operations. In general, these heuristics are quite useful, but sometimes they lead to severe and systematic errors.⁷⁷

Er is sprake van een vuistregel als bij het oordelen een moeilijk op te lossen probleem wordt omgezet in een probleem dat makkelijker is op te lossen. Dit vervangingsmechanisme vindt automatisch plaats.⁷⁸ Een voorbeeld: een werkgever die net een sollicitant heeft gesproken, moet de vraag beantwoorden of de kandidaat in het team past, maar beantwoordt deze vraag door vast te stellen hoe goed de kandidaat zich gepresenteerd heeft. De laatste vraag is veel gemakkelijker te beantwoorden, maar omdat de laatste vraag de kernvraag niet overlapt, kunnen er fouten optreden wanneer de beslissing over de kernvraag wordt gebaseerd op het antwoord op de laatste vraag.

Het gebruik van vuistregels is over het algemeen zeer effectief, maar leidt soms tot vertekeningen – in de zin van afwijkingen van de rationele keuze (*bias*) – dan verwordt de vuistregel tot een valkuil. Na de publicatie van het

76 In de Angelsaksische literatuur worden de termen 'heuristic' en 'bias' gebruikt. In de Nederlandse literatuur worden deze termen gehandhaafd of vertaald met of 'vuistregel' of 'valkuil'. Ik zal de eerste term gebruiken als vertaling van 'heuristics' omdat deze term neutraal is en duidelijk maakt dat een vuistregel meestal goed werkt, de tweede term 'valkuil' zal ik gebruiken als vertaling van 'bias' omdat deze begrippen een meer negatieve connotatie hebben. De term 'valkuil' gebruik ik wanneer de vuistregel de beoordelaar op het verkeerde been zet en een negatief effect heeft op de oordeelsvorming.

77 Tversky & Kahneman 1982, 3.

78 Kahneman & Frederick 2002, 53; Sunstein 2003, 761.

onderzoek van Tversky en Kahneman is er een vloedgolf aan onderzoek ontstaan naar vuistregels.⁷⁹ Er zijn er talloze gevonden. Ik heb een summier overzicht in bijlage 2 opgenomen.

Ik werk hier alleen de vuistregels uit die Kahneman en Tversky aanduiden als algemene heuristieken, onder de erkenning dat er veel meer over te vertellen valt.

De representativiteitsregel: hoe meer kenmerken een stimulus A gemeen heeft met een stimulus B, des te waarschijnlijker is het dat A bij B hoort. Tversky en Kahneman geven het volgende voorbeeld. Stel iemand beschrijft zijn buurman als volgt: 'Piet is verlegen en maakt een wereldvreemde indruk, maar hij is erg hulpvaardig. Hij is erg netjes, houdt van orde en structuur en heeft oog voor details.' Piets buurman krijgt een lijst van mogelijke beroepen voorgelegd: boer, vrachtwagenchauffeur, jurist, piloot, bibliothecaris. Hoe bepaalt hij welk beroep Piet waarschijnlijk heeft en welk beroep het minst waarschijnlijk is? Hij doet dat door na te gaan in welke mate de eigenschappen van Piet representatief zijn voor het stereotiep van bijvoorbeeld een piloot of een bibliothecaris. Waarschijnlijk zal de buurman voor de bibliothecaris kiezen, omdat de persoonsbeschrijving het meest overeenkomt met het stereotiep van de bibliothecaris. Voor iemand zonder uitgebreide statistische kennis is dit een goed hulpmiddel om te kwalificeren, maar door vrijwel automatisch gebruik te maken van de representativiteitsregel gaat de buurman voorbij aan andere factoren die de waarschijnlijkheid bepalen, zoals het totaal aantal piloten, boeren of bibliothecarissen.⁸⁰

De beschikbaarheidsregel. Een werkgever die wil weten hoe waarschijnlijk het is dat een 55-plus werknemer na ontslag nog een nieuwe baan vindt, vraagt zich af hoe vaak dit in het verleden gelukt is. Het gemak waarmee de werkgever zich voorbeelden voor de geest kan halen bepaalt de waarschijnlijkheid. Of, algemener gesteld: het gemak waarmee we ons een voorval kunnen herinneren, bepaalt de waarschijnlijkheid dat het voorval zich in de toekomst voordoet. Ook de beschikbaarheidsregel is vaak bruikbaar, maar het gemak waarmee iemand zich een voorval herinnert, is ook afhankelijk van andere factoren dan de frequentie waarin het voorval zich voordoet, zoals de opvallendheid of de levendigheid van een gebeurtenis of zoals omgevingsfactoren. Zo zal bijvoorbeeld een werkgever die zelf 55-plus is zich gemakkelijker 55-plussers voor de geest kunnen halen die ontslagen zijn, dan een jongere werkgever.⁸¹

Ankering. Wanneer iemand een schatting moet maken uitgaande van een bepaalde waarde, dan zal een verandering van de uitgangswaarde tot een andere schatting leiden. Kwantitatieve oordelen blijken zich aan te passen

79 Zie onder meer Woll 2001; Gilovich e.a. 2002; Pohl 2004.

80 Tversky & Kahneman 1982, 4-10; Aarts & Zeelenberg 2001, 338-344.

81 Tversky & Kahneman 1982, 11-14; Aarts & Zeelenberg 2001, 345-348.

aan de ankerwaarde.⁸² Guthrie, Rachlinski en Wistrich doen verslag van een experiment waarbij zij aan rechters de volgende civiele casus voorlegden.

Een 31-jarig slachtoffer is gewond geraakt in een verkeersongeluk veroorzaakt door een onzorgvuldige vrachtwagenchauffeur. De verwondingen leiden tot de amputatie van de rechterarm van het slachtoffer. De rechters wordt verteld dat ze als voorzitter betrokken zijn geweest bij een schikkingszitting die is mislukt, waardoor het nu tot een rechtszitting is gekomen. De groep rechters wordt in een ‘anker’-groep (38 personen) en een controlegroep (37 personen) verdeeld. Alleen de ‘anker’-groep krijgt te horen dat het slachtoffer in de schikkingszitting \$10 miljoen schadevergoeding heeft geëist. Aan beide groepen wordt gevraagd hoeveel schadevergoeding zij het slachtoffer zouden toewijzen. De ‘anker’-groep wijst gemiddeld \$ 2.210.000 toe en de controlegroep \$ 808.000.⁸³ Dit experiment hebben de onderzoekers in verschillende vormen herhaald en steeds weer bleek ankerings van invloed op het oordeel van de rechters.

De vuistregels worden tijdens het intuïtieve proces automatisch toegepast. Ze worden, volgens Tversky en Kahneman, niet gebruikt om tijd en moeite te sparen, maar zijn een natuurlijke manier om gebeurtenissen te waarderen.⁸⁴ Door dit automatische gebruik van vuistregels zijn mensen niet in staat om zonder cognitieve vertekeningen te oordelen over complexe problemen.⁸⁵ Het deliberatieve proces controleert echter het intuïtieve proces en kan dus ook de vuistregels die bij het intuïtieve proces automatisch worden toegepast, corrigeren of wijzigen.⁸⁶

De vraag of de vuistregel door cognitie teniet kunnen worden gedaan, zodat de valkuilen worden opgeheven, wordt door Kahneman en Frederick bevestigend beantwoord. Het deliberatieve proces kan het intuïtieve proces controleren en kan dus ook de vuistregels die bij het intuïtieve proces automatisch worden toegepast corrigeren of wijzigen. De vraag is natuurlijk wel hoe volledig dit correctiemechanisme is, gezien het feit dat er een algemene ankerings-vuistregel bestaat. Er blijft een voorkeur ‘hangen’ voor de eerst ontvangen informatie, zodat het intuïtieve oordeel dat snel, moeiteloos en automatisch tot stand komt, van invloed blijft.

Ook bij rechterlijke oordeelsvorming blijken vuistregels gehanteerd te worden die van invloed zijn op het rechterlijke oordeel. In hun bijdrage aan de (voor)laatste rechtspsychologische bundel (2002 en 2010) wijzen Wagenaar

82 Tversky & Kahneman 1982, 14-18; Aarts & Zeelenberg 2001, 349-354.

83 Guthrie e.a. 2007, 119-121.

84 Tversky & Kahneman 2002, 43.

85 Anderen trekken de conclusie dat mensen meer inzicht en ervaring op dit terrein moeten hebben om hun inschattingen te verbeteren. Zie bijvoorbeeld Nisbett 1993.

86 Gilovich e.a. 2002, 16; Kahneman & Frederick 2002, 57-59.

en Crombag op een aantal heuristieken die van invloed zijn wanneer ‘de rechter op grond van onvolledige of onzekere informatie moet beslissen’.⁸⁷ Zo wijzen zij op het feit dat de rechter voor de zitting het dossier heeft bestudeerd en daardoor met een standpunt naar de zitting komt. Deze ‘vooringenomenheid’ blijkt van invloed te zijn op de informatie die de rechter daarna nog selecteert. Mensen blijken namelijk geneigd te zijn om de voorkeur te geven aan de informatie die hun standpunt bevestigt.⁸⁸ Wagenaar & Crombag wijzen naar het onderzoek van Schönemann waarin is aangetoond dat dossierkennis leidt tot gebruik van deze vuistregel. Schönemann legde dezelfde zaak voor aan een groep strafrechters die het dossier voor de zitting niet had ingezien en een groep die het dossier wel had gezien. Alle rechters die het dossier voor de zitting hadden ingezien kwamen tot een veroordeling. Van de rechters die het dossier niet hadden ingezien was het afhankelijk van het feit of de rechter zich tijdens de zitting actief (27% veroordeling) of passief (71% veroordeling) had opgesteld. Zij adviseren de strafrechter om na het voordragen van de tenlastelegging door het O.M. de feiten van de zaak op te sommen en aan te geven welke feiten betwist zijn en waarom.⁸⁹ Zo zou de rechter tijdens de zitting een feitelijke discussie over de betwiste feiten entameren. Vervolgens weiden schrijvers uit over de overtuiging van de rechter bij bewijsbeslissingen. Bij dit soort onzekere beslissingen kun je de besluitkunde gebruiken. Zij verwijzen naar het theorema van Bayes: het geloof in een hypothese moet worden bijgesteld als zich nieuwe relevante informatie aandient, maar in de praktijk blijken mensen daarin conservatief te zijn en zo dicht mogelijk bij de oorspronkelijke hypothese te blijven. Hier komt nog een probleem bij en dat is de bepaling van de mate waarin nieuwe informatie moet leiden tot aanpassing van het geloof in de hypothese. Schrijvers geven inzicht in de fouten die rechters door het gebruik van vuistregels maken bij de waardering van informatie ten behoeve van de bewijsbeslissing en ten behoeve van de vaststelling van de recidivekans.⁹⁰

87 Wagenaar & Crombag 2002, 838; Wagenaar & Crombag 2010, 878.

88 In de bijlage noem ik dit de bevestigingsregel. Deze vuistregel wordt belief perserverance of confirming-evidence genoemd en is al aannemelijk gemaakt door het onderzoek van Hogarth, Hogarth 1971, 129-130 en 243-244. Andere schrijvers wijzen op de ankerings- en de blijvende invloed van de dossierkennis of van de eis van het Openbaar Ministerie tijdens het proces van oordeelsvorming: Farina e.a. 2003/7.

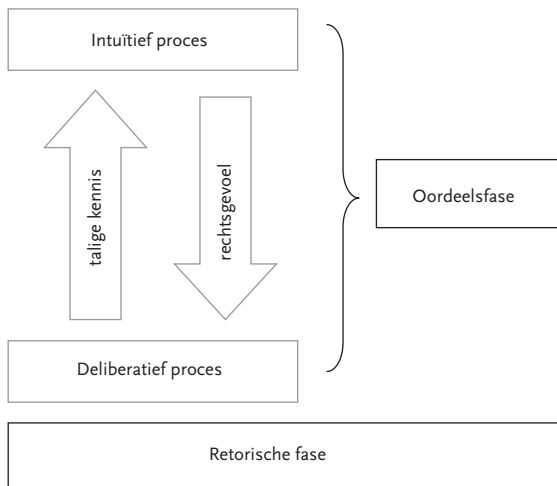
89 In het algemeen wordt de beslissers aangeraden de invloed van de bevestigingsregel te verminderen door (i) alle mogelijke oplossingen na te gaan, (ii) leidende vragen bij het vergaren van informatie te voorkomen. Zie voor een lijst van vuistregels, valkuilen en technieken om hun invloed te verminderen Hammond e.a. 1998.

90 Wagenaar & Crombag 2002, 843-852.

2.3 Oordeelsvorming blijkt helemaal niet zo rationeel

Het proces van oordeelsvorming blijkt helemaal niet alleen een rationeel proces te zijn. Het intuïtieve proces speelt immers een grote rol bij de oordeelsvorming. Het intuïtieve proces maakt gebruik van de persoonlijke ervaring en stilzwijgende (niet-talige) kennis, die professionals opbouwen tijdens de uitoefening van hun beroep, waarbij zij snel patronen herkennen en zien hoe ze hun doel kunnen bereiken. Dit proces kan onder meer zo snel verlopen omdat we automatisch gebruikmaken van vuistregels om complexe problemen op te lossen. Vuistregels zijn gemakkelijkere manieren om een ingewikkeld probleem op te lossen. Deze werken meestal goed, maar kunnen leiden tot vertekeningen van het denken.

Door het gebruik van het dubbel-beslismodel als conceptueel kader voor de rechterlijke oordeelsvorming blijkt dat bij de oordeelsvorming een bewust en een onbewust denkproces zijn betrokken. Het gevolg is dat de tweedeling in een heuristische en een legitimatiefase, vervangen moet worden. Het onderstaande schema geeft aan dat bij de oordeelsvorming ten minste twee processen zijn betrokken. Het intuïtieve proces verloopt onbewust en eindigt in een intuïtief oordeel dat we ons bewust worden door het rechtsgevoel. Het deliberatieve proces gaat de discussie aan met het rechtsgevoel: het controleert, wijzigt of wijst het rechtsgevoel af.



De rechterlijke oordeelsvorming

De rol van de *juridische rationaliteit* bij de oordeelsvorming is dus niet zo overheersend als de huidige opvatting wil doen geloven. Zowel in het intuïtieve als het deliberatieve proces is de *juridische rationaliteit* van belang, maar steeds naast andere factoren. Bij het intuïtieve oordeel spelen alle vormen

van kennis – talige en niet-talige – een rol. In het deliberatieve proces speelt vooral de talige kennis een rol, maar ook de verbeelding en de empathie. Het rechtsgevoel maakt de oordelaar bewust van zijn intuïtieve oordeel. Dit oordeel moet gecontroleerd worden door het deliberatieve proces. Niet zozeer omdat het onbetrouwbaar is omdat het andere type argumenten gebruikt of andere kennis gebruikt, maar omdat het intuïtieve proces snel verloopt en gebruikmaakt van vuistregels kan het minder zorgvuldig zijn. Terwijl, het deliberatieve proces langzamer en nauwkeuriger verloopt en het deliberatieve proces bewust en talig is, is er meer controle mogelijk. Tijdens het intuïtieve proces zal de *juridische rationaliteit* ook een rol spelen, omdat daarin de persoonlijke kennis en expertise van de jurist doorwerken en de *juridische rationaliteit* onmiskenbaar deel uit maakt van deze expertise. Maar, omdat het intuïtieve proces onbewust verloopt, is niet vast te stellen welke invloed de *juridische rationaliteit* precies tijdens dit proces vervult.

In de retorische fase zal de motivering aan overtuigingskracht winnen als de motivering niet meer alleen is gebaseerd op de *juridische rationaliteit*, omdat ook de emotionele argumenten – ethos en pathos – belangrijk zijn voor de overtuigingskracht. Hier kom ik in Hoofdstuk 7 nog op terug.

Door het nieuwe inzicht in de oordeelsvorming is duidelijk geworden dat de *juridische rationaliteit* van belang is bij elk onderdeel van het proces, maar dat deze rol relatief is, omdat ook andere factoren noodzakelijk betrokken zijn bij een rechterlijk oordeel. Hierdoor heeft de *juridische rationaliteit* zijn monopolie verloren.

Oordelen is dus geen rationeel proces. Aan de vraag of emoties het ‘rationele’ proces verstoren, komen we dan ook helemaal niet toe. De rationaliteit van het proces blijkt al te worden ‘verstoord’ door de intuïtieve grondslag van de oordeelsvorming en de cognitieve vuistregels en valkuilen die structureel deel uit blijken te maken van het proces van oordeelsvorming. In de volgende paragraaf inventariseer ik de manier waarop emoties invloed uitoefenen op de oordeelsvorming.

3. Emoties vormen het hart van de rechterlijke oordeelsvorming

3.1 Een model voor de invloed van emoties

In het voorgaande is gebleken dat emoties functies vervullen die bijzonder relevant kunnen zijn voor de juridische oordeelsvorming. De epistemologische functie levert immers emotionele kennis, kennis over de belangen en de waarden die bij een situatie betrokken zijn en daardoor biedt het de mogelijkheid om menselijk gedrag te interpreteren en te beoordelen.

Epistemologische functie → welke informatie	Biologische functie → wijze van informatieverwerking & -verwerking
normatieve kennis empathische kennis kennis van het intuïtieve oordeel	schijnwerperfunctie beslisfunctie

Functies van emoties die relevant zijn bij de oordeelsvorming

Ik heb al eerder gewezen op het gebrek aan rechtswetenschappelijk of rechtspsychologisch onderzoek naar de invloed van rechterlijke emoties op de oordeelsvorming. Hier volgt een eerste aanzet tot theorievorming.

Volgens de cognitieve beslistheorieën baseren mensen hun beslissing onder meer op de waardering van informatie en van de verschillende potentiële uitkomsten. Deze waardering kan worden beïnvloed door de emoties die de beslisser ondergaat tijdens de oordeelsvorming of die mensen ondergaan wanneer ze denken aan een uitkomst of verwachten te ondergaan wanneer een uitkomst werkelijkheid wordt.⁹¹

Wanneer we het hebben over de invloed van emoties op de oordeelsvorming hebben we het op de eerste plaats over emoties die tijdens de oordeelsvorming beleefd worden,⁹² dit noem ik de *onmiddellijke emoties*. Dit wil echter niet zeggen dat de emotionerende gebeurtenis tijdens het proces van oordeelsvorming hoeft plaats te vinden. Het is goed mogelijk emoties te beleven in reactie op een gebeurtenis in het verleden (bijvoorbeeld spijt hebben over iets) of een verwachting voor de toekomst (bijvoorbeeld je verheugen op iets). Een onmiddellijke emotie is van invloed op de informatie die de beslisser verwerft, op de wijze waarop deze de informatie verwerft (denk o.a. aan de schijnwerperfunctie) en levert emotionele kennis op.⁹³

Onmiddellijke emoties kunnen ontstaan door *incidentele en impliciete invloeden*.⁹⁴

Bij incidentele invloeden beleeft de beslisser een emotie door invloeden die los staan van de kwestie waarover geoordeeld moet worden, zoals het weer, een ruzie die ontstond op weg naar de rechtbank of de karaktertrekken van de rechter. Deze incidentele invloeden moeten onderscheiden worden van de impliciete invloeden, de invloeden die betrekking hebben op of ontstaan door de kwestie waarover geoordeeld moet worden, zoals de emoties die voortkomen uit de zaak of de taak en de context waarbinnen de beslissing moet worden genomen.⁹⁵

Daarnaast kunnen onmiddellijke emoties ontstaan door de emoties die de beslisser ondergaat wanneer hij aan de mogelijke uitkomsten denkt, ik noem

91 Loewenstein e.a. 2001.

92 Loewenstein & Lerner 2003.

93 Zie ook Zeelenberg & Aarts 2003, 386-388.

94 Lerner & Keltner 2000, 474-475; Feigenson & Park 2006, 148.

95 Frijda (1988)2001, 208-234.

dit *gevoelde verwachtingen*. Wanneer ik moet beslissen of ik de hoorcolleges van een collega zal overnemen of niet, kan mijn oordeel worden beïnvloed door de angst die me bekruipt als ik denk dat ik voor een zaal met 500 eerstejaarsstudenten kom te staan. In het vorige hoofdstuk hebben we al gezien dat een emotie weliswaar een gedachte bevat, maar daarmee niet samenvalt. Een emotie bestaat immers uit een waarderende overtuiging over iets (i.c. de verwachte uitkomsten) én uit waarderend gevoel (het gevoel dat de besliss(er) ondergaat als hij zich voorstelt dat dit de uitkomst van een beslissing is). Door het waarderende gevoel wordt het object van de emotie (de verwachte uitkomst van de beslissing) beladen met persoonlijke, beleefde en culturele betekenissen. Juist door het waarderende gevoel leveren emoties authentieke kennis op. De gevoelde verwachting omvat de opvatting over de verwachte uitkomsten plus het gevoel gericht op de verwachte uitkomsten van de beslissing. Voeg hierbij de gedragsneiging om het oordeel aan te passen aan de gevoelde verwachting en alle bestanddelen van een emotie zijn aanwezig.

De laatste bron van onmiddellijke emoties is het *intuïtieve denkproces*. In §2.1 heb ik aannemelijk gemaakt dat emoties – in de vorm van het rechtsgevoel – een rol spelen bij de bewustwording van de uitkomst van het intuïtieve denkproces. Ook het rechtsgevoel is een onmiddellijke emotie.

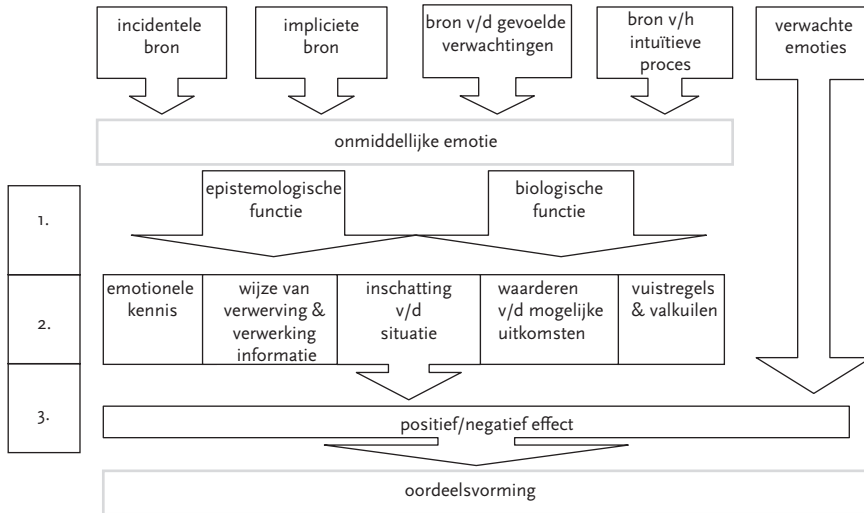
De *verwachte emoties* zijn verwachtingen over de emoties die zullen worden ervaren bij een bepaalde uitkomst. Wanneer we een bepaalde consequentie verwachten en deze blijkt tegen te vallen, dan voelen we teleurstelling of spijt. Bij onzekere complexe beslissingen calculeren we deze emoties in. We proberen de beslissing zo te nemen dat we geen spijt of teleurstelling zullen ondergaan in de toekomst. Er is een fundamenteel verschil met gevoelde verwachtingen. Verwachte emoties zijn eigenlijk geen emoties maar cognities, namelijk opvattingen over iets dat zich in de toekomst mogelijkwerijs zal afspelen. Ik bedenk terwijl ik moet beslissen, dat ik spijt kan krijgen van mijn beslissing als achteraf blijkt dat ik toch niet de beste zorgverzekeraar heb uitgekozen (de verwachte emotie is spijt). Tijdens het proces van oordelen onderga ik die spijtgevoelens niet, maar die gevoelens onderga ik pas als blijkt dat de verzekeraar bepaalde ziektekosten niet vergoedt. De verwachte emotie zet mij er wel toe aan om de beslissing zorgvuldig te nemen en meer informatie in te winnen voor ik de beslissing neem. Zo beïnvloeden mijn gedachten over de mogelijke emoties in de toekomst mijn oordeel.⁹⁶

Het verschil tussen een verwachte emotie en de gevoelde verwachting is dat de eerste alleen een cognitie (verwachting) is en de laatste alle bestanddelen van een emotie bevat waardoor de emotionele kennis van de besliss(er) wordt ingeschakeld. Zowel de verwachte emotie als de gevoelde verwachting

96 Zie ook Zeelenberg e.a. 2000.

kan de oordeelsvorming beïnvloeden, maar alleen de gevoelde verwachting kan aangemerkt worden als een onmiddellijke emotie.

Wanneer we deze bronnen voor een emotionele beleving combineren met de functies van emoties (Hoofdstuk 4) dan krijgen we het volgende model:



De invloed van emoties op de oordeelsvorming

De mate waarin een emotie van invloed is op het oordeel, is afhankelijk van de intensiteit van de emotie en het soort beslissing, dat genomen wordt. Een complexe beslissing waarbij gebruikgemaakt moet worden van een uitgebreide argumentatie blijkt vatbaarder voor de invloed van emoties te zijn dan eenvoudige beslissingen waarbij een eenduidige conclusie kan worden getrokken of waarbij een duidelijk doel gerealiseerd moet worden.⁹⁷

Dit model voor de invloed van emoties op de oordeelsvorming is bruikbaar bij de oordeelsvorming in complexe, onzekere kwesties en daarom ook bij rechterlijke oordeelsvorming.

3.2 Het hoe en waarom van de invloed van emoties op de oordeelsfase

3.2.1 De wijze waarop emoties de oordeelsfase beïnvloeden

In het schema is de invloed van onmiddellijke emoties op het oordeel in drie lagen vormgegeven: tussen de vakken (onmiddellijke emoties en oordeels-

⁹⁷ Forgas 1995. Forgas heeft het Affect Infusion Model (AIM) ontwikkeld. In het AIM worden verschillende processen onderscheiden die gebruikt worden bij de oordeelsvorming. Naarmate een oordeel meer of complexere processen vereist, is de vatbaarheid voor beïnvloeding door de emoties van de beslisser groter.

vorming) zijn drie lagen met pijlen weergegeven. De middelste laag (2) geeft de manier weer waarop emoties de oordeelsvorming kunnen beïnvloeden. Psychologisch onderzoek heeft aangetoond dat onmiddellijke emoties juridische oordelen op ten minste vijf manieren kunnen beïnvloeden. Op de eerste plaats blijken emoties de wijze waarop mensen informatie verwerken te veranderen. De verwerking blijkt meer systematisch en diepgaand naarmate de emotie een gevoel van onzekerheid bevat en oppervlakkiger naarmate de emotie gepaard gaat met een gevoel van zekerheid. Ten tweede beïnvloeden emoties de manier waarop mensen de situatie inschatten. De waarde of de kleur van de emotionele staat van de beoordelaar bepaalt welke herinnering men ophaalt en welke gegevens men benadrukt. De derde manier waarop emoties de oordeelsfase beïnvloeden is door de emotionele kennis die ze opleveren en activeren. Op de vierde plaats blijkt de beoordelaar op de te verwachten emoties te anticiperen en zijn oordeel aan te passen aan die verwachtingen. En als laatste, blijken er naast cognitieve ook emotionele vuistregels en valkuilen te bestaan.⁹⁸

Of emoties de oordeelsvorming nu beïnvloeden langs de weg van de informatieverwerking, van de inschatting, van de emotionele kennis, van de verwachtingen of van de vuistregels, hun invloed op de oordeelsvorming kan positief of negatief zijn. Deze tegengestelde effecten zijn door een aparte (derde) laag in het schema weergegeven.

3.2.2 *Functionele verklaring voor de invloed van emoties*

De functies van emoties vormen de eerste laag van de drie die in het schema betrekking hebben op de invloed van emoties en ze zijn weergegeven door twee pijlen: de epistemologische en de biologische functie. De epistemologische functie omvat de normatieve, de empathische en de intuïtieve kennis die emoties genereren en de biologische functie bevat de functies die emoties vervullen bij het oordelen en die gerelateerd zijn aan de evolutionaire achtergrond van emoties.

a. Invloed door normatieve kennis: belangen betrokken bij de oordeelsvorming

Door de epistemologische functie van emoties levert een emotionele beleving de geëmotioneerde kennis op over een situatie en de waarden of belangen die erbij betrokken zijn (normatieve kennis), over de emoties van anderen en de belangen die voor hen spelen (empathische kennis) en over de oordelen die intuïtief tot stand zijn gekomen (kennis van het intuïtieve oordeel). Deze emotionele kennis kan de oordeelsvorming positief beïnvloeden omdat ze behulpzaam is bij het interpreteren van de situatie en het gedrag van mensen. De negatieve invloed van emoties is meestal het spiegelbeeld van een positief

98 Zie ook Feigenson 2009, 46-47.

effect. Zo heeft een gevoel onzekerheid een positieve invloed op de kwaliteit van de informatieverwerving en verwerking en een gevoel van zekerheid een negatief effect.

In §2.1 is gebleken dat de keuze voor een bepaald alternatief mede wordt bepaald door de waardering van de mogelijke uitkomst. Of de beslisser een uitkomst wenselijk vindt, wordt in hoge mate bepaald door de waarden die de beslisser huldigt en het individuele belang van de beslisser. Emoties vervullen bij deze inschatting een functie omdat ze kennis opleveren over de waarden en de belangen van de geëmotioneerde en kennis over de waarden die bij een object of een situatie betrokken zijn.

Nu zou een criticus kunnen tegenwerpen dat dit misschien wel waar is, maar niet voor een rechter geldt, omdat bij het rechterlijke oordeel geen eigen waarden en belangen van de rechter betrokken zijn en omdat een rechter geen eigen doelen nastreeft bij het vellen van een oordeel. Niets is echter minder waar.

Een emotionele beleving ontstaat als de rechter een situatie gebeurtenis inschat als bevredigend of schadelijk voor zijn belangen. Dit is de grondgedachte van de meeste emotietheorieën. Dit kan een eigenbelang zijn,⁹⁹ een belang dat verbonden is met de functie-uitoefening of een belang dat verbonden is met de zaak.¹⁰⁰ De rechter beleeft een emotie als hij denkt dat deze (immateriële) belangen of een van de bijbehorende waarden wordt gerealiseerd, geschonden of in het gedrang komt.

Immaterieel eigen belang: In haar uiteenzetting over de belangen die spelen in een juridisch conflict besteedt Pel aandacht aan de belangen van de conflictbehandelaar. Voor de rechter noemt zij: efficiënte tijdsbesteding, werkplezier, respect, erkenning, reputatie en effectief geschillen oplossen. Zij betoogt dat professionals nooit hun eigen belangen de koers mogen laten bepalen.¹⁰¹ Uit psychologisch onderzoek blijkt echter dat de rol van het immateriële eigen belang de kwaliteit van de werkzaamheden of de oordeelsvorming niet hoeft te benadelen.

99 De term eigenbelang wordt breed opgevat en omvat onder meer sociale waarden, zie hiervoor H4 §3.2.1.

100 Zie ook Stout 2001.

101 Pel 2007, 120-122.

Eigen belang	Voorbeelden van daaronder vallende waarden
– Autonomie	– zelfrespect, eigen doelen kiezen, vrijheid
– Stimulatie	– durven, variatie
– Hedonisme	– plezier, genot
– Prestatie	– ambitie, succes
– Macht	– sociale macht, autoriteit
– Veiligheid	– groepsgevoel, erbij horen
– Aanpassing	– gehoorzaamheid, beleefdheid, zelfdiscipline
– Traditie	– respect voor traditie, oprechtheid, nederigheid
– Spiritualiteit	– innerlijke harmonie
– Welwillendheid	– behulpzaamheid, vriendschap, medeleven
– Universalisme	– sociale rechtvaardigheid, gelijkheid, wijsheid

Belangen en enkele waarden die deze omvatten¹⁰²

Belangen verbonden met de taak: in het onderzoek van Hogarth naar de invloed van persoonlijkheidskenmerken van rechters op hun uitspraak blijkt dat er een significant verband is tussen het vonnisgedrag van de rechter en de opvattingen, verwachtingen en waarden die de rechter heeft ontwikkeld vóór hij rechter werd en daarna.¹⁰³ Elke rechter ontwikkelt ‘a set of evaluative categories, relevant to the judicial role, which the individual magistrate has adopted (...) during his past experience with persons, or ideas in his social world’.¹⁰⁴ Dus zowel de persoonlijke waarden van de rechter – bijvoorbeeld over zijn taakopvatting – als de waarden die in de context waarbinnen hij zijn werkzaamheden verricht – van zijn taakomgeving, van de sociale omgeving – kunnen zijn uitspraak beïnvloeden.¹⁰⁵

Uit empirisch onderzoek blijkt dat de opleiding van juristen en de RAIO-opleiding fungeren als socialisatieproces.¹⁰⁶ Vooral bij de RAIO-opleiding zijn de kenmerken van sociale controle binnen een beroepsgroep te herkennen: selectie in eigen hand, eigen opleiding, opleiders en praktische begeleiders uit de beroepsgroep. Uit het onderzoek van Köhne-Hoegen blijkt bovendien dat het socialisatieproces een nivellerend effect heeft; juist aspiranten die geschikt zijn bevonden, maar kritisch zijn op de onderlinge verhoudingen (hiërarchie), de taakopvatting ofwel de organisatie beëindigen het dienstverband. Zij concludeert verder dat de huidige opleiding ‘resulteert in rechterlijke ambtenaren die passen binnen de huidige bedrijfscultuur, waar bureaucratiseringsprocessen, efficiency en productienormen belangrijke pijlers zijn

¹⁰² Vrij naar Frijda 2008, 144.

¹⁰³ Hogarth 1971, 147-165.

¹⁰⁴ Hogarth 1971, 100.

¹⁰⁵ Vgl. Hartendorp 2008, 88-91.

¹⁰⁶ Voor het rechtswetenschappelijk onderwijs Mertz 2007; Sommerlad 2007/2. En de bespreking van het boek van Mertz door Bruinsma 2009/1. Voor de RAIO-opleiding Köhne-Hoegen 2008.

geworden'.¹⁰⁷ De sociale omgeving levert zo waarden en belangen op die een rechter in de loop van het socialisatieproces heeft geïnternaliseerd, zodat hij zijn taakuitoefening toetst aan deze waarden en verwachtingen.

Belangen verbonden met de zaak: in de zaak die voorligt, kunnen allerlei waarden en belangen spelen die resoneren in de rechter. Aangezien de grens met de empathie dun is, verwijs ik naar de bespreking van empathische kennis hieronder.

Een emotionele beleving activeert de normatieve kennis van de rechter: de kennis van de waarden en belangen die hijzelf huldigt en kennis van de waarden/belangen die in het te beoordelen geval spelen. Deze normatieve kennis is op verschillende momenten voor de oordeelsvorming van belang, bijvoorbeeld bij de inschatting van de situatie waarover de rechter moet oordelen en bij het bepalen van wat een waardevolle oplossing is. Realisatie of schending van deze waarden of verwachtingen kunnen een emotionele beleving opleveren, die de oordeelsvorming beïnvloedt zonder dat je kunt zeggen dat ze 'de koers' van de rechter bepalen.

b. Invloed door empathische kennis

De empathische functie van emoties is de kennis die de beslisser opdoet en heeft opgedaan door eigen emotionele beleving en die hij gebruikt om het gedrag van anderen te duiden. Ryan noemt de empathische functie van emoties de 'emotional sense' dat hij als volgt omschrijft:

a fast but reflective thought process in which the thinker compares the incoming information against an inner database of learned information and memories about emotional experiences that the thinker has either experienced directly or observed in others...

Empathie heeft echter niet alleen een cognitief aspect, maar ook een emotioneel. Het gaat erom dat iemand zich zo inleeft in de situatie van een ander dat hij niet alleen bedenkt hoe de wereld er voor een ander uitziet, maar ook ervaart hoe die voor de ander aanvoelt. Het is dus emotionele kennis – of beter gezegd kennis van eigen emoties – die de beslisser inzet om de emoties van anderen en de waarden die hun emoties voor hen belichamen te begrijpen.

In de dissertatie van Hartendorp zijn citaten uit interviews met verschillende rechters opgenomen. Een van die citaten geeft mooi weer wat de functie van empathie is bij de rechterlijke oordeelsvorming.

De comparitie zelf is belangrijker dan de stukken. Hoe wordt daar door partijen

¹⁰⁷ Köhne-Hoegen 2008, 32.

gekeken? Wat zijn de signalen die je opvangt? (...) Je probeert partijen op hun gemak te stellen zodat ze los komen en zoveel mogelijk gaan praten. Dan krijg je natuurlijk wel een beeld van die mensen en wat ze willen zeggen. De stukken die zijn door de advocaat geschreven. Dat is minder direct. Dat is minder rechtstreeks dan wat je van de mensen zelf hoort.

(...)

Dat wat je hoort op de zitting vervolmaakt en verandert soms het beeld dat oprijst uit de schriftelijke stukken. Maar het zijn toch een beetje twee takken aan dezelfde stam. Want de processtukken, de schriftelijke stukken van partijen zelf en het proces-verbaal, dat een neerslag is van wat er op de zitting is gezegd, vormen tezamen dat beeld. En daaruit kan je afleiden wat de vaststaande feiten zijn en waar partijen van mening over verschillen. Maar ja, als ik me toch vaak de zitting herinner, partijen herinner, dan zijn dat ook de andere signalen die je niet altijd in het proces-verbaal kunt vastleggen, die toch een beetje door mijn hoofd zweven. En die beelden, denk ik, spelen impliciet een rol bij de oordeelsvorming.¹⁰⁸

Empathie is een methode om de emoties van anderen te begrijpen, die noodzakelijk is bij de rechterlijke oordeelsvorming. Door de eigen emotionele ervaringen uit het verleden aan te spreken, is het mogelijk om hypothesen op te stellen over de motieven en het gedrag van anderen. Stel dat de rechter tijdens de zitting een trilling in de stem van een van de partijen hoort, dan zal hij deze trilling vrijwel meteen interpreteren als een signaal van een emotie bij de betreffende partij en zal hij een verband kunnen leggen met de waarden en belangen die voor deze partij spelen. Vrijwel gelijktijdig zal de rechter een link leggen tussen de trilling in de stem en zijn eigen ervaringen met stress, recente eigen ervaringen met stemtrillingen en de omstandigheden waarin dit gebeurde en de emoties die hij toen beleefde. De rechter kan zich dan afvragen hoe deze emoties zijn gedrag hebben beïnvloed. Het aftasten van de emotionele gegevens van een situatie biedt enorm veel extra informatie, zodat het begrip van de situatie verbetert en de reactie erop adequater kan zijn. Empathische kennis biedt de rechter de mogelijkheid om de kloof te overbruggen tussen dat wat we weten over de feiten door de bewijsmiddelen en dat wat vermoeden over de motieven en de gevoelens als oorzaak van het gedrag of het conflict.¹⁰⁹ De empathische kennis is daarom voor de rechterlijke oordeelsvorming vooral van belang bij het inwinnen van informatie en

¹⁰⁸ Hartendorp 2008, 124.

¹⁰⁹ Ryan 2005, 241-245.

de bejegening van partijen op de zitting en bij de interpretatie van de feiten en de motieven van partijen.¹¹⁰

c. Invloed door kennis van het intuïtieve oordeel

Over de kennis van het intuïtieve oordeel heb ik het al eerder (§2.1.2 en 2.1.4) gehad. Het intuïtieve proces is een snel en onbewust denkproces, waarin alle – ook niet-talige kennis – kennis die een mens door ervaring heeft verkregen, meeweegt. Vooral de expertise – vakkennis opgedaan door ervaring – is toegankelijk in het intuïtieve proces. Aangezien het intuïtieve proces onbewust verloopt, is er een schakel nodig van het onbewuste naar het bewuste. Emoties en vooral het rechtsgevoel vormen deze schakel.

In de geneeskunde wordt het belang van de ‘klinische blik’ – ik verwees al eerder naar het onderzoek van de neuroloog Snoek – wel erkend en onderzocht. De intuïtieve kennis (de zogenaamde klinische blik) van de ervaren arts blijkt een belangrijk instrument naast alle technische diagnostische mogelijkheden in de geneeskunde en ondanks de roep om alleen gebruik te maken van middelen die *evidence based* zijn. De kinderimmunoloog Kuijpers verkondigt in zijn intrede de noodzaak van de ‘klinische blik’ voor zijn specialisme. Hij vat de ‘klinische blik’ op als ‘een scherp oog (...) voor toevaligheden’.¹¹¹ Intuïtieve kennis maakt het, volgens Kuijpers, mogelijk om snel patronen te herkennen, alle technische informatie te interpreteren en toe te snijden op deze specifieke patiënt.

In tegenstelling tot artsen zijn juristen huiverig voor het gebruik van het rechtsgevoel.

Wanneer een docent tijdens het juridische onderwijs met studenten een casus of arrest bespreekt, dan geven vooral eerstejaars studenten vaak eerst hun rechtsgevoel weer: ‘Ik vind dit onrechtvaardig!’ De standaardreactie van menig docent is dan: ‘Wat jij vindt, is niet relevant. Het gaat erom wat juridisch relevante argumenten zijn.’

Mertz stelt dat leren denken als een jurist nu juist inhoudt dat denken in noties als rechtvaardigheid en sociale context wordt vervangen door denken in subjectieve, afdwingbare rechten.¹¹² Zo leren juristen om hun rechtsgevoel te negeren, omdat het rechtsgevoel voortkomt uit een intuïtief oordeel en intuïtieve oordelen subjectief zijn. En, dat is waar. Een intuïtief oordeel is

¹¹⁰ Zie ook Pieters 2010, 199-200.

¹¹¹ Kuijpers 2004, 13. Eerder heeft hij het blijvende belang van de klinische blik al benadrukt: *Terugkomend op de betekenis van de studie van Brendan Reilly is het van evident belang te benadrukken dat die total-body-scan en hypermoderne chiptechnologie voor de interpretatie van de verkregen patiëntengegevens volledig aangewezen blijven op de klinische blik. Dat geldt voor de klinische praktijk en voor de medisch wetenschappelijke studies.*

¹¹² Mertz 2007, 10-30.

inderdaad een persoonlijk oordeel. Het rechtsgevoel is immers de drang om te handelen op basis van het oordeel dat in het intuïtieve proces is geveld. Bij dit proces zijn de kennis en de ervaring betrokken die iemand heeft opgedaan door zijn eigen persoonlijke geschiedenis te beleven. Dit is dus inderdaad een persoonlijk oordeel en daardoor subjectief in de zin van afhankelijk van het waarnemende, denkende en voelende individu. Maar, is een persoonlijk of subjectief oordeel een minderwaardig oordeel? Op deze vraag zal ik in Hoofdstuk 6 terugkomen en op de consequenties voor het onderwijs in Hoofdstuk 8.

d. Invloed door schijnwerper- en beslisfunctie

Wat betreft de schijnwerperfunctie: deze functie van emoties is te herleiden tot de biologische functionaliteit van emoties. Wanneer een mens geconfronteerd wordt met een emotionerende gebeurtenis coördineren emoties de reacties van het lichaam, zodat het individu in staat is om snel en adequaat te reageren. Daartoe worden de lichaamsfuncties zo georganiseerd dat de aandacht, de geheugencapaciteit en het oordeelsvermogen zich concentreren op de emotionerende gebeurtenis.¹¹³ Emoties zijn – ondanks de evolutionaire ontwikkelingen van de hersenen – in staat gebleven om de cognitieve processen te concentreren op de emotionerende gebeurtenis. Dit heb ik de schijnwerperfunctie van emoties genoemd.¹¹⁴ Voor zover deze functie zich automatisch voordoet, maakt ze deel uit van het intuïtieve proces.¹¹⁵

De schijnwerperfunctie zorgt voor een zekere nadruk op de emotionerende gebeurtenis en dient als indicator voor het belang dat de gebeurtenis of de situatie voor de geëmotioneerde heeft. Goodenough & Prehn constateren dan ook dat al het psychologische en neurologische onderzoek naar het effect van emoties op de oordeelsvorming dezelfde kant uit wijst, namelijk dat emoties fungeren als een ‘great emphasisizer and highlighter in the brain, an indicator of importance and urgency’.¹¹⁶

Empirisch onderzoek wijst verder uit dat deze schijnwerperfunctie vooral van belang is bij het selecteren en verwerken van informatie. Er zijn talloze verbanden aangetoond tussen de emoties van de besliser en de informatieverwerving, het geheugen en de gedegenheid van de oordeelsvorming. Een voorbeeld van een door dit soort onderzoek aangetoond verband is de invloed die emoties uitoefenen op de informatieverwerking. Aanvankelijk dacht men dat deze invloed met de kleur van de emotie samenhangt: positieve of negatieve emoties, maar recenter onderzoek laat zien dat de infor-

113 Damasio (1995)2000, 103-134; Frijda (1988)2001, 472-492.

114 Voor een introductie in de biologische, evolutionaire benadering van emoties is een goed startpunt Lewis & Haviland 1993, 137 e.v. Zie ook Elgin 1999, 146 e.v.

115 Sadler-Smith 2008, 222-237.

116 Goodenough & Prehn 2004 (B359), 1717.

matieverwerving en -verwerking wordt beïnvloed door het gevoel van zekerheid of onzekerheid dat de verschillende emoties belichamen. Door emoties op een glijdende schaal van zekerheid naar onzekerheid in te delen, konden Feigenson & Park de resultaten van het meeste empirische onderzoek naar het effect van positieve en negatieve emoties op de oordeelsvorming verklaren. Zo drukken de positieve emoties geluk en tevredenheid net als de negatieve emoties boosheid en weerzin een gevoel van zekerheid uit, terwijl hoop, verbazing, angst en bezorgdheid een gevoel van onzekerheid uitdrukken. Andere emoties – zoals verdriet – zitten tussen de uitersten in. Naarmate het gevoel van onzekerheid groter is, zullen mensen hun best doen om meer zekerheid te krijgen door meer aandacht te geven aan de informatieverwerving en -verwerking voordat ze beslissen. Ze zullen secuur op zoek gaan naar gedetailleerde informatie. Anderzijds leidt een gevoel van zekerheid tot een oppervlakkiger oordeelsvorming, tot een grotere invloed van vuistregels/valkuilen en tot meer moeite met het herkennen van patronen en van wat afwijkt van het normale.¹¹⁷

Ook Zeelenberg, Nelissen & Pieters stellen dat de dichotomie positieve/negatieve emotie een beetje simplistisch is. Er zijn emoties die niet gemakkelijk zijn te kwalificeren als positief of negatief, zoals trots, leedvermaak, opluchting, hoop. Bovendien stellen zij dat de invloed van emoties bij het oordelen verder gaat dan de informatieverwerving. Zij pleiten voor een onderscheid dat is gebaseerd op het doel van de gedragsneiging die deel uit maakt van een emotie. In hun zogenaamde ‘feeling is for doing’-opvatting sturen emoties het oordeel in de richting van het emotionele doel. Zo is bijvoorbeeld iemand die boos is bereid om meer risico te nemen, omdat het doel van woede wraak is en wraak vereist tot dat risico’s tot op zekere hoogte genegeerd worden.¹¹⁸ Aristoteles zou zich overigens niet verbazen over deze invalshoek.

De schijnwerperfunctie van emoties heeft een positieve invloed op de informatieverwerving omdat ze de emotionerende eigenschappen van een situatie/gebeurtenis uitlichten, waardoor het mogelijk is om de bijzonderheden in een situatie te onderscheiden, of verschillen tussen vergelijkbare gevallen te ontdekken. Maar het tegenovergestelde is ook mogelijk: naarmate het gevoel van zekerheid groter is, verloopt de oordeelsvorming oppervlakkiger en hebben vuistregels/valkuilen een grotere invloed, heeft de beslisser

117 Feigenson & Park 2006, 147-148. Zie voor beschrijvingen van vergelijkbaar onderzoek Lerner & Keltner 2000; Wiener e.a. 2006, 234. En voor een uitgebreid overzicht Isen 2008. Zie voor het effect van positieve/negatieve stemmingen op de wijze van informatieverwerking Zeelenberg & Aarts 2003, 388-389; Maroney 2006a, 38-39. Zie voor het effect van emoties op de werking van het geheugen – zo worden gebeurtenissen die hebben geleid tot een emotionele beleving bijvoorbeeld eerder opgeslagen in het langetermijngeheugen – zie Koppen e.a. 2002. In deze bundel zijn verschillende bijdragen gewijd aan het geheugen, waarvan er één expliciet aandacht besteed aan emoties en herinneringen Wolters 2002, 407-409. Deze bijdrage is herzien in de bundel van 2010: Wessel & Wolters 2010, 457-458.

118 Zeelenberg e.a. 2008.

meer moeite om sterke van zwakke argumenten te onderscheiden, en betreft hij minder factoren bij de afweging.

Wat betreft de beslisfunctie. Emoties zijn noodzakelijk bij het nemen van beslissingen. Dit verband heeft Damasio aangetoond door zijn onderzoek naar patiënten met prefrontaal hersenletsel.¹¹⁹ Deze patiënten kunnen geen besluiten nemen en zijn niet in staat planmatig te werk te gaan, terwijl hun intellectuele en rationele vermogens in stand zijn gebleven.¹²⁰ Ze scoren normaal op de standaard psychologische en neurologische tests. Het blijkt echter dat dit hersenletsel de beleving van emoties verstoort, waardoor deze patiënten geen emoties meer ondergaan.

Dit was verbijsterend. Probeer u eens voor te stellen hoe dat is. Probeer u eens voor te stellen dat u geen vreugde meer voelt als u naar een dierbaar schilderij kijkt of naar een favoriet muziekstuk luistert. Probeer u eens voor te stellen dat u nooit meer iets zult voelen, terwijl u zich toch bewust bent van de intellectuele inhoud van de visuele of de auditieve prikkel en u ook beseft dat u er vroeger wel vreugde aan beleefde. We kunnen Elliots [dit is de naam van de patiënt wiens geval Damasio voorafgaand aan deze passage beschreven heeft, MIJ] toestand samenvatten als 'weten zonder voelen'.¹²¹

Waar dit toe leidt heb ik in het vorige hoofdstuk (§3.3) beschreven. Emoties blijken te helpen bij het nemen van beslissingen. Dat komt omdat een van de bestanddelen van emoties de dadendrang is.¹²² Ze geven aan wanneer er genoeg geargumenteed is en de handeling kan beginnen.¹²³ Het is dit bestanddeel dat helpt om de knoop door te hakken. Hoewel hun intellectuele vermogens onbeschadigd zijn, krijgen deze patiënten grote sociale problemen omdat, wanneer zij moeten kiezen, de deliberatie eeuwig doorgaat.

3.2.3 *Invloed door emotionele vuistregels en valkuilen*

Een (rechterlijke) oordeel is veel minder rationeel, dan men over het algemeen beweert (§2), omdat de intuïtie een belangrijke rol speelt en omdat ook rechters gebruikmaken van vuistregels. Of zoals Guthrie concludeert:

(...) most judges attempt to reach their decisions utilizing facts, evidence, and highly constrained legal criteria, while putting aside personal biases, attitudes, emotions, and other individuating factors. Despite their best efforts, however, judges, like everyone else, have two cognitive systems for making judgments

119 Damasio (1995)2000, 188-224.

120 Damasio (1995)2000, 54-59.

121 Damasio (1995)2000, 65.

122 Frijda (1988)2001, 83. Zie hierboven Hoofdstuk 4 §2.2.

123 Zie ook Garver 1994, 116.

– the intuitive and the deliberative – and the intuitive system appears to have a powerful effect on judges' decision making.¹²⁴

Tot nu toe heb ik alleen over cognitieve vuistregels en valkuilen gesproken (§2.2). In *Heuristics and biases* introduceren Kahneman en Frederick echter ook emotionele vuistregels, zoals de '*voelt goed*'-regel (affect heuristic).¹²⁵ Volgens Slovic in dezelfde bundel houdt deze vuistregel in dat een beslisser de waarde van een mogelijke uitkomst bepaalt met behulp van zijn emoties.¹²⁶ Snoek wees er al op dat ervaren artsen vaak gebruikmaken van deze vuistregel en vertrouwen op de diagnose die 'goed voelt'. Zoals alle vuistregels is dit vaak een goede leidsman maar de '*voelt goed*'-regel kan een valkuil worden, wanneer mensen zich neerleggen bij een snelle en automatische emotionele respons. De '*voelt goed*'-regel fungeert dan als substituut voor een meer systematisch oordeel, door iets te geloven dat een goed gevoel geeft en bewijs voor het tegendeel te negeren of door harde feiten te negeren omdat ze een onplezierig gevoel geven.¹²⁷

Bij de '*emotionele lading*'-regel (affective priming) bepaalt de stemming of de emotie de toegankelijkheid tot bepaalde informatie in het geheugen; beleeft de beslisser een positieve emotie dan is de toegankelijkheid van positief geëvalueerde informatie groter, zodat positieve informatie gemakkelijker in het bewustzijn komt. Het oordeel over een object zal dan congruent zijn aan de emotie of de stemming, door selectieve herinnering van congruente informatie (positieve informatie kun je gemakkelijker herinneren), selectieve aandacht voor congruente informatie (de aandacht is meer gefocust op positieve informatie) en selectieve codering van informatie (informatie wordt eerder positief gewaardeerd). De invloed van emoties op de oordeelsvorming verloopt hier via het soort informatie dat de emotie in het geheugen activeert.¹²⁸

3.2.4 *Invloed van emoties op de waardering van de mogelijke uitkomst*

De cognitieve beslismodellen gaan ervan uit mensen beslissingen nemen in complexe, onzekere kwesties door de wenselijkheid en de waarschijnlijkheid van de mogelijke uitkomsten te waarderen. De beslissing wordt dan genomen aan de hand van een op verwachtingen gebaseerde 'meetlat'. Emoties beïnvloeden de waardering van de mogelijke uitkomsten op twee verschillende manieren.

¹²⁴ Guthrie e.a. 2007, 141.

¹²⁵ Kahneman & Frederick 2002. De term 'affect' wordt in de psychologie gebruikt als koepelbegrip voor stemmingen en emoties.

¹²⁶ Slovic e.a. 2002.

¹²⁷ Slovic e.a. 2002, 412.

¹²⁸ Zeelenberg & Aarts 2003, 386-387.

a. Gevoelde verwachtingen

De verwachte uitkomst levert een onmiddellijke emotie op. Er bestaat een verband tussen de huidige emotionele staat van de beslisser en de waardering van de mogelijke uitkomsten van een beslissing. Damasio heeft al aangetoond dat patiënten die geen emoties meer beleven, omdat ze een prefrontale hersenbeschadiging hebben, meer moeite hebben met het inschatten van risico's. Beleven mensen wel emoties dan toont empirisch onderzoek aan dat hoe levendiger de voorstelling van de verwachte uitkomsten is hoe heftiger de onmiddellijke emotie en hoe pregnanter de invloed op het oordeel. De voorstelling van de verwachte uitkomst kan levendiger worden, omdat de uitkomst dichtbij komt in de tijd. Zo kregen de deelnemers aan een onderzoek een kleine vergoeding toegezegd als ze over een week een mop zouden vertellen in een volle collegezaal. Van de 58 deelnemers zegden 9 toe. De dag vóór de afgesproken datum kregen zowel de afzeggers als de toezeggers de kans zich te bedenken. 67% van de toezeggers (6) trok zich alsnog terug en geen enkele afzegger veranderde van gedachte.¹²⁹

In de sociale psychologie is meer van dit soort onderzoek verricht. Het gaat te ver om deze onderzoeksresultaten hier op te sommen, daarom een literatuurverwijzing.¹³⁰ Waar het me hier om gaat is aan te tonen dat de emoties die iemand beleeft als hij aan de mogelijke uitkomsten denkt positieve en negatieve effecten kunnen hebben op de oordeelsvorming.

b. Verwachte emoties

De waardering van de mogelijke uitkomst kan ook beïnvloed worden door de emoties die iemand verwacht te ondergaan als de uitkomst werkelijkheid wordt. Mensen zijn geneigd de intensiteit en de duur van de – vooral negatieve – emoties te overschatten, omdat ze hun vermogen onderschatten om met traumatische gebeurtenissen om te gaan.¹³¹

Mensen hebben er veel voor over om negatieve emoties te voorkomen.¹³² Empirisch onderzoek toont aan dat beslissers verschillende strategieën gebruiken om spijt en teleurstelling te voorkomen. Beslissers passen hun oordeel aan door bijvoorbeeld de beslissing uit te stellen om meer informatie te verzamelen. Spijt komt immers voort uit de overtuiging achteraf dat men beter had kunnen weten. Een andere manier om teleurstellingen te voorkomen is door het bijstellen van hun verwachtingen over de uitkomst van de beslissing.¹³³ Een voorbeeld van de laatste strategie geeft Sartre.

129 Dit onderzoek wordt samengevat door Loewenstein & Lerner 2003, 630-631.

130 Loewenstein e.a. 2001; Zeelenberg & Aarts 2003, 394-395.

131 Blumenthal 2007, 34-36.

132 Frijda spreekt in dit verband van 'de wet van de lichtste last en het grootste gewin': Frijda 2008, 31-33.

133 Zeelenberg e.a. 2000, 533-537.

Ik strek mijn hand uit om een tros druiven te plukken. Ik kan er niet bij, hij hangt buiten mijn bereik. Ik haal mijn schouders op, laat mijn hand weer zakken, mompel 'ze zijn niet rijp' en loop door ... Er speelt zich hier een toneeltje af, dat ik *onder* de tros opvoer om er de druiven die hoedanigheid 'niet rijp genoeg' mee te geven, ter vervanging van de gedragslijn die ik niet kan volbrengen. Zij dienden zich eerst aan als 'om te plukken'. Maar die dwingende eigenschap wordt al spoedig ondraaglijk, want de mogelijkheid kan niet verwerkelijkt worden. Deze ondraaglijke spanning wordt op haar beurt een motief om de druiven een nieuwe hoedanigheid op te leggen, 'niet rijp', die dan het conflict oplost en de spanning doet wijken.¹³⁴

Sartre ziet een emotionele beleving dan ook als een magisch middel om de ondraaglijke werkelijkheid te bezweren.¹³⁵

Verwachte emoties zijn geen emoties, maar zijn gedachten, verwachtingen. De invloed van verwachte emoties is een afgeleide vorm van invloed. Onmiddellijke emoties doen zich tijdens de oordeelsfase voor, verwachte emoties zijn gedachten over emoties die zich in de toekomst voor doen. De emoties beïnvloeden het oordeel niet rechtstreeks, zoals bij onmiddellijke emoties, maar vindt plaats door de voorstelling van de toekomstige emoties. De voorstelling is rechtstreeks van invloed op de oordeelsvorming.

4. De invloed van rechterlijke emoties op de oordeelsvorming is onvermijdelijk

Welke effect hebben de rechterlijke emoties op zijn oordeel? Om een antwoord op deze vraag te vinden heb ik cognitieve beslistheorieën gebruikt als een analytisch model voor het proces van oordeelsvorming bij complexe, onzekere beslissingen door deskundigen. De rechterlijke oordeelsvorming past binnen deze categorie.

Rechters blijken geen puur rationele, deductieve beslissers te zijn, noch blijken ze een intuïtief oordeel te vellen dat ze achteraf rationeel reconstrueren. Net als bij andere complexe onzekere beslissingen vindt de professionele oordeelsvorming plaats door de samenwerking tussen twee mentale processen: een intuïtief en een deliberatief proces. De rechter blijkt zich een oordeel te vormen met behulp van een complexe wisselwerking tussen intuïtieve en deliberatieve processen. Het intuïtieve proces verloopt snel, gemakkelijk, associatief (niet-talig) en onbewust. Het deliberatieve proces verloopt traag, inspannend, talig en bewust. Tijdens beide processen maakt de rechter

¹³⁴ Sartre (1939)1987, 93.

¹³⁵ Vandaar ook de titel van zijn studie *Magie en emotie*.

gebruik van expliciete en impliciete kennis. Alleen tijdens het intuïtieve proces is de niet-talige stilzwijgende kennis toegankelijk. Het deliberatieve proces nuanceert, bevestigt of corrigeert het intuïtieve oordeel dat automatisch en snel verloopt.

Aangezien het intuïtieve proces onbewust verloopt en het intuïtieve oordeel niet-talig is, moeten we ons dit op een andere manier gewaar worden. De conclusie van het intuïtieve proces: het intuïtieve oordeel worden we ons bewust door emoties. Voor oordelen over recht en onrecht is dit het rechtsgevoel.

Door de rechterlijke oordeelsvorming te beschouwen als een dubbelproces blijkt het aloude onderscheid tussen de heuristische en de legitimatiefase te simpel te zijn. Dit onderscheid leidt tot de conclusie dat het overtuigen evenals het oordelen en het legitimeren enkel gebaseerd is op de *juridische rationaliteit*. Terwijl een nadere analyse aantoont dat de overtuigingskracht van de *juridische rationaliteit* betrekkelijk is. Ik stel dan ook voor de terminologie te vervangen: de heuristische fase door de *oordeelsfase* en de legitimatiefase door de *retorische fase*. Het dubbel-belismodel toegepast op de rechterlijke oordeelsvorming laat zien dat het in de oordeelsfase gaat om een zoektocht naar een overtuigend oordeel en niet om een zoektocht naar een aanvaardbare legitimatie. Pas als het oordeel geveld is, breekt de retorische fase aan waarin de rechter zijn oordeel rechtvaardigt. Niet door het zoekproces rationeel te reconstrueren, maar door zijn publiek met goede rationele en emotionele argumenten te overtuigen dat dit een aanvaardbare oplossing is.

Naarmate het probleem complexer is en er meer argumenten afgewogen moeten worden, is de invloed van emoties op de oordeelsvorming groter. Vooral tijdens het intuïtieve proces maken mensen gebruik van cognitieve en van emotionele vuistregels. Vuistregels maken het mogelijk om snel complexe problemen op te lossen en de gedragsreactie te bepalen, maar kunnen tot foutieve veronderstellingen of conclusies leiden. Cognitieve valkuilen zijn uitgebreid onderzocht en er zijn er inmiddels veel beschreven (zie bijlage 2). Van de emotionele valkuilen zijn er eigenlijk maar twee beschreven: de ‘voelt goed’-regel en de ‘emotionele lading’-regel. Zij vormen mogelijk een verklaring voor de negatieve connotatie van emoties. Maar dit negatieve beeld is mede te wijten aan een gebrek aan kennis over de cognitieve valkuilen die tot minstens zo ingrijpende denkfouten leiden.

Tijdens het deliberatieve proces levert een emotionele beleving de rechter kennis op door de epistemologische functie van emoties. Kennis over een situatie en de waarden of belangen die erbij betrokken zijn (normatieve kennis), over de emoties van anderen en de belangen die voor hen spelen (empathische kennis) en over de oordelen die intuïtief tot stand zijn gekomen (kennis van het intuïtieve oordeel). Deze emotionele kennis kan de oordeels-

vorming positief beïnvloeden omdat ze behulpzaam is bij het interpreteren van een situatie en van het gedrag van de betrokkenen.

Emoties blijken van invloed op de wijze waarop de informatie wordt verworven en verwerkt. Zo bestaat er congruentie tussen de emotionele staat van de beslisser en de informatie die deze selecteert. En, de emotionele staat bepaalt de kwaliteit van de informatieverwerking. Verkeert de beoordelaar in een emotionele staat die een gevoel van zekerheid vertegenwoordigt dan neemt hij genoegen met een vluchtig, oppervlakkig oordeel, verkeert hij in een emotionele staat die voor onzekerheid staat dan zal hij zijn uiterste best doen om zijn oordeel te baseren op gedegen informatie.

De titel van dit hoofdstuk legt een verband tussen de rechterlijke emoties en het hart van de oordeelsvorming. De emotionele beleving van de rechter blijkt inderdaad van groot belang voor de rechterlijke oordeelsvorming te zijn, want de emotionele kennis die daardoor toegankelijk wordt, heeft een positief effect op de oordeelsvorming en emoties zijn van invloed op de manier waarop de beslisser de benodigde informatie verwerft en verwerkt. Maar, of emoties het hart vormen van de rechterlijke oordeelsvorming is afhankelijk van de wijze waarop de uitdrukking wordt geïnterpreteerd.

Wordt de frase opgevat als, emoties zijn het belangrijkste onderdeel, het middelpunt van de rechterlijke oordeelsvorming, dan is deze niet waar. Hierboven is immers ook gebleken dat de *juridische rationaliteit* van belang is in alle onderdelen van de rechterlijke oordeelsvorming. Wel heeft de *juridische rationaliteit* door de nieuwe inzichten in de oordeelsfase aan belang ingeboet en plaats moeten inruimen voor de rechterlijke intuïtie, het rechtsgevoel, de emotionele beleving en de emotionele kennis van de rechter.

De stelling kan ook op een andere manier geïnterpreteerd worden, namelijk dat bij de oordeelsfase zowel het hart als het hoofd van de rechter is betrokken. Wanneer de rechter met zijn hart oordeelt dan bedoelt men dat de rechter zijn emoties mee laat spelen. Dit levert twee voordelen op, namelijk dat hij zijn emotionele kennis kan benutten en dat hij in staat is tot empathie, omdat hij zich dan met hoofd en hart kan inleven in de positie van de rechtzoekenden. Emoties vormen zo gezegd het hart van de oordeelsvorming.

Aristoteles had gelijk toen hij stelde dat emotionele overtuigingsmiddelen van belang zijn bij het overtuigen, omdat ze nu eenmaal van invloed zijn op de oordeelsvorming. Naar de inzichten van de cognitieve psychologie – bevestigd door tamelijk veel empirisch onderzoek – hebben de emoties die de beoordelaar beleeft een substantiële invloed op het oordeel. Deze invloed is groter naarmate het oordeel complexer is. Het staat dan ook vast dat emoties complexe, onzekere oordelen van professionals beïnvloeden. De klassieke retorici hebben er terecht op gewezen dat deze invloed positieve en negatieve effecten kan hebben op de kwaliteit van de oordeelsvorming.

Mag een pleiter eigenlijk gebruikmaken van emotionele overtuigingsmiddelen om daardoor de rechterlijke oordeelsvorming te beïnvloeden, als emoties positieve en negatieve effecten kunnen hebben op de kwaliteit van de oordeelsvorming? Dit is het onderwerp van het volgende hoofdstuk.

6

Wanneer mogen rechterlijke emoties het oordeel beïnvloeden?

Waarin de voorwaarden worden geformuleerd onder de welke een rechter zijn oordeel mag laten beïnvloeden door emoties en een pleiter emotionele middelen mag gebruiken om de rechter te overtuigen.

1. Het rechterlijk oordeel is een persoonlijk oordeel

1.1 *Invloed van emoties is onvermijdelijk*

De voorgaande hoofdstukken waren voornamelijk beschrijvend en verklarend van karakter. Er is een verklaring gevonden voor de overtuigingskracht van emoties in de klassieke retorische opvatting (Hoofdstuk 3). Een vergelijking met de moderne cognitieve emotietheorieën heeft aangetoond dat de klassieke verklaring niet meer in overeenstemming is met de moderne opvattingen.

Volgens moderne cognitieve opvattingen is de invloed van emoties op elk oordeel – ook dat van professionals – onvermijdelijk. Emoties ontleen overtuigingskracht aan de functie die ze vervullen bij de informatieverwerving en –verwerking. Een emotionele beleving levert de beoordelaar specifieke, niet-talige kennis van persoonlijke aard op (Hoofdstuk 4). Na een beschrijving van het proces van oordeelsvorming aan de hand van een cognitief beslismodel blijkt dat de emoties van de beslisser van invloed zijn bij complexe onzekere beslissingen. Veel oordelen die rechters moeten vellen, behoren tot deze categorie beslissingen. In grote lijnen blijken er vijf manieren te zijn waarop emoties van invloed zijn op (rechterlijke) oordelen:

- emoties zijn van invloed op de manier waarop mensen informatie verwerven en verwerken
- emoties beïnvloeden de manier waarop de beoordelaar de situatie inschat
- emoties leveren emotionele kennis op
- bij het oordelen houdt de beoordelaar rekening met de emoties die hij verwacht te beleven als het gekozen alternatief realiteit wordt
- bij het oordelen maakt ook een professionele beoordelaar gebruik van emotionele vuistregels.

Door deze invloed kunnen emoties zowel een positief als een negatief effect op de rechterlijke oordeelsvorming hebben (Hoofdstuk 5).

Een emotionele beleving activeert emotionele kennis. De emotionele kennis kan de kwaliteit van de oordeelsvorming positief beïnvloeden, in die zin dat de rechter over meer informatie beschikt om het gedrag van de betrokkenen te duiden en dat hij meer inzicht heeft in de belangen die werkelijk spelen. In Hoofdstuk 4 §2.2 is het intentionele of waarderende gevoel geïntroduceerd als noodzakelijk bestanddeel van een emotie. Door de emoties die Irene, de ijskoningin, heeft beleefd bij haar val op het ijs is haar oordeel over de gevaren van het ijs een betrokken oordeel geworden. Hiermee bedoel ik een oordeel waarbij zij niet alleen haar expliciete (talige) kennis over ijs en de gevaren van ijs gebruikt, maar ook de (niet-talige) kennis die zij heeft opgedaan door de beleving van het gevaar van ijs en door haar eerdere ervaringen met gevaar in haar persoonlijke geschiedenis. Hierdoor is de kwaliteit van haar oordeel over de gevaren van ijs verrijkt.

Er zijn echter ook negatieve effecten. Zo zal een rechter die tevreden, boos of geïrriteerd is genoeg nemen met een vluchtiger en oppervlakkiger oordeel, dan een rechter die verbaasd of bezorgd is en zijn er emotionele vuistregels die tot valkuilen kunnen verworden. Een ander effect dat negatief uit kan pakken voor de kwaliteit van de oordeelsvorming is dat het misschien zo is dat een emotie het oordeel stuurt naar het doel van de gedragsneiging die de emotie bevat. Afkeer of walging impliceert een neiging om terug te trekken, afkeer van iemand of van iets zou dan tot een oordeel leiden dat het mogelijk maakt contact te vermijden. De nadelige effecten van emoties op de oordeelsvorming worden door de klassieke schrijvers al gesignaleerd.

Zowel Aristoteles als Cicero wijzen op de mogelijkheden en op de gevaren die het gebruik van emotionele overtuigingsmiddelen oplevert voor de kwaliteit van het oordeel. Retorische middelen zijn gevaarlijk omdat ze een en dezelfde pleiter in staat stellen om tegengestelde meningen te verdedigen¹ en omdat ze de toehoorder op het verkeerde been kunnen zetten en in verwarring kunnen brengen.² Ook Quintilianus wijst erop dat er filosofen zijn

1 Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1355a: 29-34.

Ook moet een spreker net als bij het redeneren in syllogismen in staat zijn tegengestelde standpunten overtuigend te verdedigen: niet om dit ook werkelijk met beide tegendelen te doen (...) maar om te voorkomen dat de ware toedracht verborgen blijft, en om zelf, wanneer een ander argumenten onrechtmatig gebruikt, deze te kunnen weerleggen (...)

2 Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1354a:24-27.

Zoals de zaken staan hebben samenstellers van handboeken voor welsprekendheid maar een klein deel van het terrein bewerkt (...) Over enthymemen, die de kern vormen van de bewijsvoering, reppen zij geen woord; ze handelen het meest over vraagstukken die buiten het onderwerp liggen. Het in diskrediet brengen van de tegenstanders en het opwekken van medelijden, boosheid en soortgelijke gevoelens hebben namelijk niets met de zaak te maken maar zijn gericht op de persoon van het jurylid (...) Iedereen vindt ofwel dat de wet zou moeten verbieden bezijden de kwestie te spreken, of richt zich in de praktijk naar zo'n

die emotionele overtuigingsmiddelen moreel verwerpelijk vinden omdat ze van de waarheid afleiden. Zelf neemt hij niet echt een standpunt in maar hij constateert dat de overtuigingsmiddelen in de praktijk worden gebruikt en dat filosofen geen bezwaar hebben tegen het ‘bespelen van de emoties (...) indien waarheid, rechtvaardigheid en maatschappelijk belang niet op een andere manier gediend kunnen worden’.³

Aristoteles laat zien dat er niet zozeer sprake is van een tegenstelling, maar eerder van een januskop, van twee effecten die zich tegelijkertijd voordoen. Het gevaar van de retorica – dat tegengestelde meningen even overtuigend gemaakt kunnen worden – dient ‘om te voorkomen dat de ware toedracht verborgen blijft, en om zelf, wanneer een ander argumenten onrechtmatig gebruikt, deze te kunnen weerleggen (...)’.⁴ Het ‘gevaar’ van de retorica dient dus de waarheid. De voordelen en de nadelen van het gebruik van de retorische middelen (of de mogelijkheden en gevaren) zijn niet twee tegengestelde effecten, maar zijn twee kanten van dezelfde medaille, die zich steeds tegelijkertijd voordoen. Wanneer de retorische middelen op een goede manier gebruikt worden, aldus Aristoteles, wegen de voordelen op tegen de nadelen.

Er is kennelijk een terrein af te bakenen waar de voordelen van de invloed van emoties op de oordeelsvorming de nadelen overtreffen. Onder welke voorwaarden mag de pleiter bewust gebruikmaken van psychologische inzichten om de (rechterlijke) oordeelsvorming te beïnvloeden? Deze normatieve vraag vormt de kern van dit hoofdstuk.

verbod (...) en terecht. Het is immers ontoelaatbaar een jurylid naar je hand te zetten door hem op te stoken tot boosheid, afgunst of medelijden: dit zou erop neerkomen dat je de maatstaf waarmee je wilt meten eerst krom trekt.

Cicero (55 vC) 2004, 2:212-214.

Bij argumentaties ligt dat anders: zodra daar een argument naar voren is gebracht wordt het gretig opgenomen en meteen wordt een tweede en derde verlangd. Maar medelijden of afgunst of woede kun je niet meteen bij de eerste aanzet opwekken. Een argument vindt steun in de logische fundering zelf, waarmee het vanaf de eerste lancering onafscheidelijk verbonden is; maar dat andere type betoog vereist geen inzicht van de rechter maar veeleer zijn innerlijke verwarring, en die is niet te realiseren zonder een gevarieerde woordenvloed en een dienovereenkomstige meeslepende voordracht!

- 3 Quintilianus (ong. 95) 2001, VI.1:7. Sprekend over het slotwoord en het gebruik van emoties om de samenvatting interessant te maken, want:

Niets wekt namelijk meer wrevel dan een kale herhaling, alsof de spreker twijfelt aan het geheugen van de rechters. (...) Dit is volgens de meeste Attische schrijvers het enige slotwoord, en ook volgens bijna alle filosofen die over de kunst der welsprekendheid iets op schrift hebben nagelaten. Dat de Attici er zo over dachten, geloof ik, omdat een redenaar in Athene er zelfs door een heraut op werd gewezen, dat werken op het gemoed verboden was. Bij de filosofen verbaast het me nog minder, daar emoties in hun ogen moreel verwerpelijk zijn, en omdat zij vinden dat het slecht is de rechter van de waarheid af te willen leiden, en dat het een goed man niet voegt om gebruik te maken van iets wat verwerpelijk is. Niettemin zullen zij het bespelen van emoties noodzakelijk achten, indien waarheid, rechtvaardigheid en maatschappelijk belang niet op een andere manier gediend kunnen worden.

- 4 Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1355a:34.

1.2 *Emotioneel oordeel is een subjectief oordeel*

Een emotionele beleving maakt een oordeel persoonlijk omdat het de emotionele kennis van iemand aanboort. Een emotioneel oordeel is dus persoonlijk en subjectief. De tegenstelling objectief/subjectief is onderwerp van een immer voortgaand debat tussen verschillende filosofische stromingen. Dit debat hangt weer samen met andere grote epistemologische thema's zoals waarheid, werkelijkheid, feit, mening enzovoorts. Ook hier moet ik weer naar anderen verwijzen voor een gedegen bespreking.⁵ Ik zal hier alleen kort weergeven hoe ik het begrippenpaar zal gebruiken.

In het algemeen wordt objectiviteit gezien als de relatie tussen een oordeel (of een andere mentale activiteit) en een feitelijke stand van zaken. Wanneer het oordeel in overeenstemming is met de feitelijke stand van zaken, beschouwt men dit oordeel als objectief waar. Objectiviteit betekent dan dat er overeenstemming is tussen een mentale activiteit (oordelen) en een stand van zaken die onafhankelijk is van enige mentale activiteit van de oordelaar (de feitelijke werkelijkheid). Hiertegenover staan de subjectieve opvattingen. Volgens deze opvattingen kunnen mensen de feitelijke werkelijkheid niet kennen, omdat al het kennen een mentale activiteit verlangt. Elk oordeel is dan onvermijdelijk min of meer subjectief.

Juristen bedoelen met de kwalificatie objectief of subjectief oordeel eigenlijk de aard van de argumenten die tot het oordeel geleid hebben. Een objectief oordeel is dan een oordeel waarbij zowel de inhoud van de regel als de feitelijke situatie objectief kan worden vastgesteld. Objectief betekent dat de feiten en de regel los van de waardering van de jurist gekend kunnen worden. Maar, stel dat de regel een norm bevat die los van de waardering van de rechter bestaat, dan kan bij gebruik in een feitelijke situatie toch blijken dat er verschillende 'toepassingen' mogelijk zijn.

Om het verschil tussen moeilijke en gemakkelijke gevallen te illustreren gebruikt Hart het voorbeeld van het verbodsbord dat aan het begin van een park staat. Het bord geeft aan dat de toegang verboden is voor voertuigen. Dit lijkt een duidelijk verbod, waarvan de betekenis duidelijk is en dat zonder waardering toegepast kan worden. Tot op zekere hoogte is dat waar: het verbod geldt in ieder geval voor motorvoertuigen (makkelijk geval), maar geldt het ook voor fietsen, vliegtuigjes en rolschaatsen (moeilijke gevallen)?⁶

Het verbod geeft geen uitsluitsel over wat in deze moeilijke gevallen de juiste interpretatie is. Er zal dus gekozen moeten worden. Zo belanden we van de

⁵ Zie voor een inleiding in deze thema's bijvoorbeeld Leezenberg & Vries 2007.

⁶ Hart 1961, 123.

objectiviteit als vanzelf bij een subjectieve opvatting, waarin de persoon van de toepasser de betekenis van de feiten en de regel bepaalt.⁷ In de rechtswetenschap is de opvatting gemeengoed dat de betekenis van de regel en de feiten door interpretatie wordt gevonden. Het gevolg is dat juristen aanvaarden dat elk juridisch oordeel meer of minder subjectief is.

Het begrippenpaar objectief/subjectief oordeel wordt in de rechtstheorie dan ook vooral gebruikt om aan te geven of een rechter bij de oordeelsvorming voornamelijk gebonden is aan van buiten komende factoren (objectief oordeel) of in vrij is om te beslissen wat hij persoonlijk wil (subjectief oordeel). Zo bezien komt het onderscheid objectief/subjectief oordeel in de buurt van Wiarda's onderscheid tussen heteronome en autonome rechtsvinding, dat ik in Hoofdstuk 2 heb gebruikt om de rechtsvinding in de klassieke oudheid te typeren. Een subjectief oordeel is dan het resultaat van oordeelsvorming waarbij de persoon van de rechter betrokken is en een objectief oordeel is oordeelsvorming waarbij alleen heteronome factoren van invloed zijn.

1.3 *Bezwaren tegen subjectieve oordeelsvorming zijn onterecht*

Een belangrijk bezwaar tegen het gebruik van emotionele overtuigingsmiddelen in de rechtspraak is te herleiden tot de vrees dat dit tot subjectieve oordelen en willekeur leidt. De rechterlijke emoties zouden dan tot subjectieve oordeelsvorming leiden en de vrees hiervoor is gebaseerd op de veronderstelling dat een subjectief oordeel slechter is dan een objectief oordeel.

Deze veronderstelling gaat uit van een soort topologische opvatting van subjectief en objectief. Emoties, gedachten en alle andere mentale activiteiten spelen zich in deze opvatting in iemands binnenwereld af, terwijl de objectieve gebeurtenissen zich in de buitenwereld afspelen. De verschillende activiteiten spelen zich dan dus op verschillende plaatsen af. De buitenwereld kan iedereen met zijn zintuigen waarnemen, terwijl elk mens alleen zijn eigen binnenwereld kan waarnemen. Zodra een activiteit zich in de binnenwereld afspeelt, is deze voor anderen niet te kennen en dus niet te controleren en dus bedreigend.⁸ Het retorische advies om emotionele overtuigingsmiddelen te gebruiken zou de toehoorder dan juist activeren om in zijn binnenwereld activiteiten te ontplooiën die in beginsel oncontroleerbaar zijn. In de topologische opvatting is een subjectief oordeel dan ook beangstigend en dus is het retorische advies om de emoties van de toehoorder te bespelen, juist met het doel diens oordeel persoonlijk te maken, verwerpelijk.

De vrees voor subjectieve oordelen wordt nog versterkt omdat de retorica de nadruk legt op de effectiviteit van de argumentatie, dit wil zeggen dat een

7 Zie ook Patterson 2001, 330-341.

8 Zie ook Michelon 2010, 9-12.

argumentatie deugdelijk is als ze aanvaardbaar is voor het publiek.⁹ Men trekt hieruit de conclusie dat het de retoricus niet om de waarheid gaat, maar om de manipulatie van de toehoorder zodat deze is overgeleverd aan de willekeur van de pleiter. Voor deze opvatting vindt men steun bij Aristoteles die het gebruik van emotionele overtuigingsmiddelen in het begin van de retorica lijkt af te wijzen.¹⁰ Dit wantrouwen tegen subjectieve oordeelsvorming weegt bij het rechterlijk oordeel extra zwaar, omdat de rechter bij de oordeelsvorming persoonlijke voor- en afkeuren zou kunnen laten prevaleren boven zijn gebondenheid aan het recht. De angst is dan dat het rechterlijk oordeel samenvalt met zijn particuliere oordeel, waardoor het leidt tot regelloosheid en dus tot willekeur. Het gebruik van emotionele middelen tijdens de oordeelsvorming zou de subjectieve, persoonlijke aspecten van de oordeelsvorming dan nog eens versterken, omdat een emotionele beleving emotionele kennis oplevert en emotionele kennis nu eenmaal persoonlijk van aard is. Deze redenering leidt tot de conclusie dat het gebruik van emoties bij het overtuigen en het oordelen in de rechtspraak de heerschappij van het recht ondergraaft, omdat de rechter wordt gestimuleerd om zijn particuliere, subjectieve oordeel te laten prevaleren boven het regelgebonden oordeel.

Garsten laat zien hoe in de loop van de geschiedenis het wantrouwen tegen het particuliere ofwel subjectieve oordeel van burgers in het juridische en politieke domein is gegroeid. Men koesterde argwaan tegen het subjectieve oordeel omdat het eigenzinnig, vrij en particulier van karakter is en daardoor onzeker en onvoorspelbaar is. Bovendien zou het subjectieve oordeel vatbaar zijn voor manipulatie door de spreker of in ieder geval zou de oncontroleerbaarheid van het subjectieve oordeel manipulatie mogelijk maken. Deze argwaan heeft ertoe geleid dat men in de loop van de geschiedenis de particuliere oordeelsvorming van burgers in het publieke domein steeds meer heeft teruggedrongen en heeft gereserveerd voor het privé-domein. De oordeelsvorming in het politieke en juridische domein heeft men toebedeeld aan een onpartijdige autoriteit en de retorica heeft men verbannen naar de domeinen van de kunst en de religie.¹¹ Toch is dit wantrouwen misplaatst.

Er is een andere zienswijze mogelijk waarbij een subjectief oordeel beter is dan een objectief oordeel. In deze zienswijze zijn de subjectieve en de objectieve wereld geen gescheiden werelden, maar is er steeds sprake van een relatie tussen de twee werelden. Subjectiviteit is dan een verzamelnaam voor de verschillende manieren waarop mensen met de objectieve wereld om kunnen gaan. Deze opvatting van subjectief sluit aan bij het emotiebegrip dat

9 Zie ook Feteris 1994, 223-230.

10 Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1354a:24-26. Geciteerd in §1.1 voetnoot 2.

11 Garsten 2006, 25-112. Garsten beschrijft o.a. de rol die filosofen als Hobbes, Rousseau en Kant hebben gespeeld bij het weren van het particuliere, praktische oordeel uit het openbare leven.

ik in Hoofdstuk 4 heb aanvaard. Gebeurtenissen of situaties in de objectieve wereld worden door een mens ingeschat afhankelijk van haar karakter en persoonlijke geschiedenis. Deze inschatting – en de emotie die erbij speelt – doet haar eerdere vergelijkbare ervaringen herbeleven, waardoor ervaringskennis wordt geactiveerd. Haar reactie op de gebeurtenis/situatie is mede gebaseerd op deze kennis en is dus altijd persoonlijk.

De publieksgerichtheid van de retorica komt juist voort uit vertrouwen in dit persoonlijke oordeel, omdat dit gebaseerd is op beleavings- en ervaringskennis. Mensen hebben nu eenmaal, zo stelt Aristoteles, het vermogen om met behulp van waarneming, emoties en verstand de specifieke kenmerken van een situatie te doorzien om vervolgens te bepalen wat te denken of wat te doen.¹²

Daarbij hebben mensen een toereikende aanleg tot waarheid en lukt het ze meestal deze te bereiken. Vandaar dat wie in staat is de waarheid te treffen eveneens in staat is te treffen wat aannemelijk is (...) Het nut van retorica berust op het feit dat waarheid en recht van nature sterker zijn dan hun tegendelen (...).¹³

Mensen zijn van nature in staat om recht van onrecht te scheiden en om te herkennen wat waar of aannemelijk is. Wanneer iemand moet beslissen hoe in een specifieke situatie te handelen (dus ook te oordelen) is gevoel, nuance en inzicht van meer belang dan regels. Regels hebben – nog steeds volgens Aristoteles – nu eenmaal een abstract en algemeen karakter waardoor het onmogelijk is om voor elke concrete situatie door simpele deductie een oplossing uit de regel af te leiden.¹⁴ Elk praktisch oordeel is daardoor per definitie een subjectief oordeel, dit wil zeggen een oordeel van een individu waarin persoonlijke kennis, de persoonlijke geschiedenis en ook de eigen emoties medebepalend zijn.

En, hoe zit het dan met Aristoteles' afwijzing van het gebruik van emotionele middelen en de metafoor van de verbogen maatstaf in het begin van *Retorica*?¹⁵ Bij nadere beschouwing blijkt Aristoteles zich te verzetten tegen

12 Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1111b:3-1112a:17.

13 Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1355a:14-21.

14 Aristoteles (ong. 330 vC) 1999, 1104a:2-10.

Welnu, de stelling dat men moet handelen in overeenstemming met de rechte rede is algemeen aanvaard en kan als basis van onze uiteenzetting gelden ... [maar] op het gebied van het handelen en van wat nuttig is staat (...) niets vast en is niets onveranderlijk. Geldt dit al voor een algemene uiteenzetting, een uiteenzetting over individuele gevallen moet nog veel verder afzien van nauwkeurigheid. Die vallen immers onder geen enkele vorm van kennis, onder geen enkel pakket van traditionele voorschriften. De handelende persoon moet zelf van geval tot geval nagaan wat de situatie vereist, net als in de geneeskunde of navigatie.

15 In Hoofdstuk 3 §2.4 besprak ik de gelijkwaardigheid van de overtuigingsmiddelen. Een van de redenen om de gelijkwaardigheid in twijfel te trekken is de passage in het begin

manipulatie van de toehoorder en toch het gebruik van emotionele middelen te bepleiten. Hij verzet zich tegen de in zijn tijd gangbare procedurele praktijk waarin emoties worden gebruikt om '(...) een jurylid naar je hand te zetten'. En, hij verzet zich tegen het feit dat rechters zich dit laten gebeuren door zich niet op te stellen zoals je van rechters zou mogen verwachten: 'Bij hen zijn vaak al sympathie, afkeer en eigenbelang in het spel, met als gevolg dat ze niet meer voldoende in staat zijn de waarheid in te zien: privé-gevoegen of -ongenoeven vertroebelt hun oordeel.'¹⁶ Wanneer de toehoorder zich niet opstelt als beoordelaar, maar alleen luistert om de eigen lust- of lastgevoelens te bevredigen en een spreker alleen zijn toehoorder wil behagen, zal een beroep op emoties de oordeelsvorming vertroebelen. Het gebruik van emotionele overtuigingsmiddelen heeft dan niets te maken met het overtuigen van de toehoorder, want 'Het in diskrediet brengen van tegenstanders en het opwekken van medelijden en boosheid en soortgelijke gevoelens hebben namelijk niets met de zaak te maken maar zijn gericht op de persoon van het jurylid.'¹⁷

Aristoteles verzet zich niet tegen het gebruik van emotionele overtuigingsmiddelen, maar alleen tegen het gebruik van emoties met het doel de toehoorder te manipuleren door hem van de eigenlijke kwestie af te leiden.¹⁸ Dit bedoelt Aristoteles als hij zegt dat de pleiter, door de gevoelens van de toehoorder te wekken, de 'maatstaf waarmee hij wil meten eerst krom trekt' waardoor deze onbetrouwbaar wordt. Aristoteles gebruikt in de *Ethica Nicomachea* het beeld van de meetlat op een andere manier, wanneer hij beschrijft dat de bewoners van Lesbos een loden (= flexibele) meetlat gebruiken, omdat deze hen in staat stelt om een gebogen vlak op te meten.¹⁹ Hier gebruikt Aristoteles het beeld van de flexibele meetlat om te illustreren dat de billijkheid vereist dat de algemene regel wordt aangepast aan de specifieke situatie.

De les die Aristoteles ons met de metafoor van de meetlat leert, is dat wanneer iemand iets wil opmeten hij een meetlat moet gebruiken die past bij wat hij wil opmeten, of anders gezegd: die geschikt is voor het doel. Voor de retorica betekent deze les dat een pleiter aan de toehoorders die argumenten moet voorleggen die hen kunnen overtuigen en dat een pleiter die emoties

van de Retorica, waar Aristoteles afkeurt dat de pleiter emotionele overtuigingsmiddelen gebruikt om de toehoorder naar zijn hand te zetten, want 'dit zou erop neerkomen dat je de maatstaf waarmee je wilt meten eerst krom trekt'.

16 Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1354b:9-12.

17 Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1354a:16-19.

18 Garver 1994, 137.

19 Aristoteles (ong. 330 vC) 1999, 1137b:27-33.

Dit is dus de aard van het billijke: het is een verbetering van de wet, in zoverre die door zijn algemene karakter tekortschiet... Als de zaak zelf onbepaald is is ook de regel onbepaald – zoals de loden maatstok die men gebruikt bij bouwwerken op Lesbos. Die maatstok is namelijk buigzaam en past zich aan de vorm van de steen aan; en zo is ook een decreet aangepast aan de feiten.

moet opwekken die passen bij de zaak waarover de toehoorder moet oordelen of bij de taak van het oordelen. Alleen het gebruik van retorische technieken die emoties opwekken die niet-passend zijn, leidt tot manipulatie en tot willekeur.²⁰

De weerbaarheid tegen irrelevante retoriek is, volgens Aristoteles, het grootst wanneer de toehoorder oordeelt in een kwestie waarbij zijn eigen belangen op een of andere manier zijn betrokken en waarbij beraad (overleg, overweging) plaatsvindt.²¹ Daarom is volgens hem de weerstand tegen manipulatie bij politieke redevoeringen groter dan bij de rechterlijke oordeelsvorming, want bij de rechterlijke oordeelsvorming is het belang van de rechter niet bij de kwestie betrokken.²² Om het rechterlijk oordeel beter bestand te maken tegen manipulatie moet de rechter geholpen worden. Daarom bepleit Aristoteles een wettelijke regeling die verbiedt om irrelevante retorische technieken bij juridische debatten te gebruiken.²³

Ik sta niet alleen in de conclusie dat Aristoteles de waarborg tegen de gevaren van emotionele overtuigingsmiddelen en manipulatie zoekt in de betrokkenheid van de toehoorder bij de belangen die aan de orde zijn. De waarborg tegen manipulatie en de gevaren van de emotionele overtuigingsmiddelen ligt dus in de subjectiviteit van het oordeel. Zo beschrijft Garsten – na een zorgvuldige analyse van de teksten van Aristoteles – de kracht van een *situated judgment* voor de politieke redevoering als volgt:

The main point about the superiority of judgment situated in deliberation is that people tended to judge better when they considered matters related to their own ends than when they strived to take on a perspective detached from those concerns (...) Only experience could create the intricate structures of belief and emotion that gave rise to mature judgment, and only deliberation that somehow involve one's own good would spur one to draw upon those structures and produce such judgments.²⁴

20 De eis van de passendheid werk ik in §4 verder uit.

21 Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1354b:26-31.

In de politieke welsprekendheid baat het minder zich van het onderwerp te verwijderen; hier oordelen de stemgerechtigden over dingen waar ze zelf belang bij hebben, met het gevolg dat een spreker die een maatregel voorstelt niets anders hoeft te doen dan aan te tonen dat de feiten zijn zoals hij zegt.

22 Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1354b:33-1355a:1.

In de gerechtelijke welsprekendheid is dit niet voldoende; daar is het voordelig de toehoorder voor zich in te nemen. De beoordeling geldt hier namelijk andermans belangen, met het gevolg dat de juryleden, die hun eigen belang op het oog hebben en vanuit hun persoonlijke gezindheid luisteren, aan partijen toegeven in plaats van een oordeel te vormen.

23 Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1354a:20-24.

24 Garsten 2006, 128.

Ook Witteveen wijst op een verband tussen de betrokkenheid van de beslisser bij de zaak waarover hij moet oordelen en zijn kwetsbaarheid voor manipulatie. Hij laat zien dat Aristoteles het publiek een belangrijke rol toedicht in de retorische situatie. Bij elk genre – de politieke, de juridische en de gelegenheidstoespraak – heeft het publiek een actieve, participerende rol, maar deze actieve participatie neemt af naarmate het publiek minder intensief betrokken is bij de belangen die bij de toespraak op het spel staan. Bij de politieke toespraak is het publiek het meest betrokken bij de belangen die aan de orde zijn en bij de gelegenheidstoespraak zijn er alleen afgeleid belangen van het publiek betrokken. Witteveen constateert ‘Met die afnemende betrokkenheid van het publiek correspondeert een toenemende mogelijkheid voor de strategische spreker om het publiek voor zich te winnen met argumenten die niet aan de zaak zelf ontleend zijn.’²⁵ Witteveen schetst dus een verband van omgekeerde evenredigheid tussen de betrokkenheid van de beoordelaar en zijn vatbaarheid voor manipulatie.

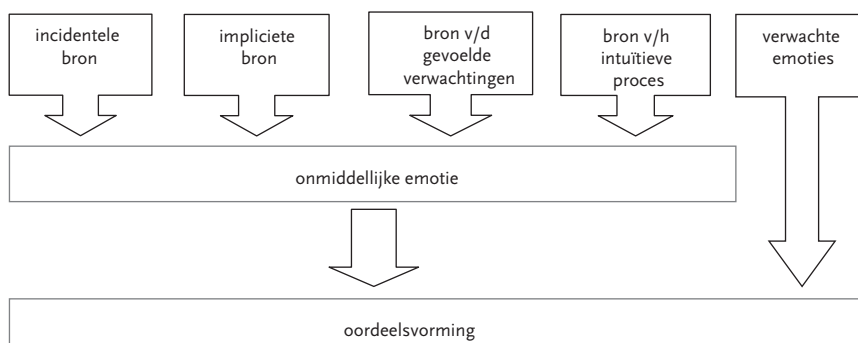
De toehoorder is dus het best tegen manipulatie gewapend, wanneer hij betrokken is bij de belangen die samenhangen met de kwestie waarover geoordeeld moet worden. Wanneer de belangen en de emoties van de toehoorder bij de oordeelsvorming zijn betrokken en dit passende emoties en belangen zijn, spreek ik van *betrokken oordeelsvorming*. Wanneer is er sprake van passende emoties?

1.4 *Passende emoties komen voort uit de zaak of de daarbij behorende taak*

Betekent dit dat de rechter elke emotie mee mag laten spelen bij zijn oordeel, ook de emoties die bijvoorbeeld opgewekt worden wanneer zijn eigen materiële belang in het gedrang komt? Neen, natuurlijk niet, maar waar ligt de grens? Wanneer is er sprake van passende emoties?

Met behulp van het theoretische raamwerk voor de invloed van emoties op het oordeel – dat ik in het vorige hoofdstuk heb ontwikkeld – kan ik laten zien welke categorie emoties passend is, dit wil zeggen dat ze van invloed mogen zijn op de rechterlijke oordeelsvorming van het schema van p. 177 gebruik ik nu vooral de laag die aangeeft waardoor emoties ontstaan.

²⁵ Witteveen 1988, 56-58.



De bronnen van emoties bij de oordeelsvorming

De invloed van emoties die ontstaan vanuit incidentele bron moeten als 'niet passend' gekwalificeerd worden.²⁶ Incidentele bronnen van emoties (bijvoorbeeld: de boosheid die je naar je werk meeneemt omdat je thuis ruzie hebt, emoties die samenhangen met ras, geslacht of uiterlijk van de betrokkenen) leiden tot emoties die niets te maken hebben met de juridische kwestie noch met het doel of de taak van de rechterlijke oordeelsvorming. Dit zijn de irrelevante emoties waar Aristoteles zich tegen verzet omdat ze 'van de eigenlijke kwestie afleiden'.²⁷ Incidentele bronnen van emoties zijn irrelevante informatiebronnen en net als andere irrelevante informatie moeten ze als 'niet passend' bij de oordeelsvorming geweerd worden. Wanneer een rechter een irritante partij of pleiter minder aan het woord laat dan de wederpartij dan laat hij een emotie uit incidentele bron de oordeelsvorming beïnvloeden. Emoties die voortkomen uit de impliciete bron, uit de intuïtie en uit de verwachte uitkomst kunnen meestal beschouwd worden als passende emoties. Emoties die ontstaan door impliciete bronnen zijn emoties die gepaard gaan met de zaak die aan de orde is of met de taak of het doel van de oordeelsvorming. Hierbij kun je denken aan de verontwaardiging in een voogdijzaak over het geruzie van de ouders over het hoofd van het kind; aan emoties die ontstaan als de rechter zich inleeft in de zienswijze van een betrokkene; aan het samenspel van beroepstrots, tevredenheid, nieuwsgierigheid, onzekerheid en verwachte teleurstelling bij het verzamelen en beoordelen van argumenten; aan het rechtsgevoel enzovoorts. Ook de verwachtingen over de gevolgen van het oordeel in deze zaak kunnen een toegestane bron van onmiddellijke emoties zijn. Wanneer een beslissing in een vergelijkbare eerdere zaak in beroep is vernietigd en de rechter zich de emoties herinnert die hij onderging toen hij het appelvonnis las, dan kunnen deze bij de huidige zaak worden herbeleefd

²⁶ Zie ook Hastie 2001; Feigenson & Park 2006, 157-158; Feigenson 2009, 64-66.

²⁷ Zie ook Garver 1994, 137; Garsten 2006, 123.

als hij overweegt een gedurfde beslissing te nemen. Er is dan sprake van een onmiddellijke emotie die wordt opgewekt door verwachtingen. De derde bron van toegestane emoties is de intuïtie, waaruit onder meer het rechtsgevoel voortkomt. Ik heb in het vorige hoofdstuk laten zien dat het eigen rechtsgevoel een door juristen onderschatte emotie is.

Deze drie bronnen zullen meestal ‘passende’ emoties opleveren, maar er zijn ook emoties die uit een ‘toegestane’ bron voortkomen en toch niet mee mogen wegen. Een voorbeeld van impliciete emoties die niet passend zijn, is te vinden in het onderzoek van Groenendijk, naar de manier waarop de lagere rechters omgaan met de kritiek die zij hebben op de jurisprudentie van de Raad van State. Een groep geïnterviewde rechters geeft aan dat ze deze jurisprudentie – ondanks eigen kritiek – toch toepassen. Groenendijk vraagt zich af waarom rechters bereid zijn uitspraken te doen die tegen hun eigen overtuiging ingaan. De geïnterviewden noemen twee redenen: het kost veel meer tijd om een uitspraak te schrijven die afwijkt van de lijn van de Raad van State omdat deze grondiger en nauwkeuriger moet worden gemotiveerd. Met de huidige werklast en productienormen is daar eigenlijk te weinig tijd voor. Tweede punt dat de geïnterviewden noemen, is dat wordt bijgehouden hoeveel vernietigingen een individuele rechter op zijn naam heeft staan. Deze score wordt in een functioneringsgesprek besproken.²⁸ Iemand die zich hierdoor min of meer gedwongen voelt om tegen de eigen overtuiging in te gaan, ondergaat emoties als onzekerheid, twijfel, ergernis, behoedzaamheid, wanhoop, frustratie. Deze emoties hangen weliswaar samen met de taak, maar mogen toch niet van invloed zijn omdat ze voor de oordeelsvorming in deze specifieke zaak ongepast en irrelevant zijn. Juist frustratie van de carrière- of organisatiebelangen (zie ook het staatje van belangen opgenomen in Hoofdstuk 5 §3.2) kunnen tot rechterlijke emoties leiden die niet van invloed mogen zijn, omdat ze niet relevant zijn voor de oordeelsvorming in deze zaak. Om de invloed van dit soort emoties te voorkomen, eis ik een strikte koppeling tussen de zaak en de taak. Passend zijn alleen de emoties die voortkomen uit de taak zoals die in deze zaak verricht moet worden ofwel taakgebonden emoties die voor de oordeelsvorming in deze zaak relevant zijn.²⁹

28 Groenendijk 2008.

29 Dit criterium is een gevolg van de intentionaliteit van emoties (H4). Emoties kunnen alleen betrouwbaar zijn in relatie tot een concrete gebeurtenis of situatie.

Zie ook Nussbaum 1999, 21.

Anger as a whole [for example] is neither reliable nor unreliable, reasonable or unreasonable; it is only the specific anger of a specific person at a specific object that can coherently be deemed unreasonable.

Zie ook Quintilianus (ong. 95) 2001, VI.1: 11.

Gemeenschappelijk oogmerk van beide partijen is dus de rechter voor zich te winnen en hem ongunstig te stemmen jegens de tegenstander, emoties op te roepen en ze te sussen. Het kortste advies dat ik beide kan geven, is goed voor ogen te houden wat de zaak in potentie te bieden heeft. Wanneer de redenaar gezien heeft wat de feiten werkelijk of schijn-

1.5 *Passende emoties en decorum*

Ook de klassieke retorici stellen de eis van de passendheid. De term wordt zowel door Aristoteles als Cicero gehanteerd in het gedeelte waar de goede stijl ofwel het goede taalgebruik wordt beschreven. Het lijkt een esthetische eis, een eis die alleen betrekking heeft op de vorm. Maar, dat is te oppervlakkig.

Aristoteles stelt dat taalgebruik passend is als ze in staat is om gevoelens op te wekken (pathos), het goede karakter (ethos) uit te drukken en in verhouding staat tot het onderwerp. Hij bepleit het gebruik van spreektaal en een gematigd gebruik van stilistische middelen. Cicero noemt als vierde stijlkwaliiteit *decorum* (passendheid) dat vereist dat een pleiter bepaalt welke taalgebruik bij het verhaal hoort, dus welke taalgebruik geschikt is bij deze spreker, dit onderwerp, deze toehoorder, in deze situatie. Er zijn zo veel verschillende sprekers, onderwerpen, toehoorders en situaties dat geen algemene voorschrift gegeven kan worden, zodat het een kwestie is van praktische wijsheid.³⁰ De verwijzing naar praktische wijsheid suggereert dat het *decorum* meer omvat dan een esthetische eis. Geen van beide schrijvers besteedt meer dan één pagina aan de uitleg van het begrip passendheid. Het vereist dus iets meer studie om te achterhalen of deze eis voor de klassieke auteurs alleen een esthetische betekenis heeft.

In De Officiis werkt Cicero het *decorum*-begrip verder uit.³¹ Dan blijkt dat het niet alleen esthetische eisen stelt, maar eigenlijk een verschijningsvorm van deugdzaamheid is.

So this element of the fitting [= *decorum*, MIJ] which I am discussing is relevant to every aspect of the honourable: relevant, that is, as visualized not in some obscure way, but as a prominent feature. For there is an aspect of fitting which

baar in zich hebben om afgunst, welwillendheid, afkeer of medelijden op te wekken, moet hij dat zeggen waardoor hij, als hij zelf rechter was, het meest geraakt zou worden.

Zie ook Nussbaum 1996b, 29.

Sympathetic emotion that is tethered to the evidence and free from reference to one's own personal goals and situation is not only acceptable, but actually essential to public judgment.

Anders Feigenson 2009. Feigenson – een van de weinige auteurs die over de rol van emoties bij de rechterlijke oordeelsvorming – schrijft, vindt dat impliciete emoties alleen van invloed mogen zijn als ze ‘legal’ zijn. Als voorbeeld van legale impliciete emoties noemt hij emoties die voortkomen uit het gedrag van betrokkenen en als voorbeeld van extralegale emoties noemt hij emoties die ontstaan door het ras van betrokkenen voor zover dit niet relevant is in deze zaak. Maar, als dit voorbeelden zijn voor het onderscheid tussen legale en extralegale impliciete emoties dan zie ik niet wat het onderscheid toevoegt aan het door mij gehanteerde onderscheid tussen incidentele en impliciete emoties, want als ras niet relevant is voor de zaak is het geen impliciete bron van emoties, maar een incidentele.

³⁰ Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1408a:10-1408b:20; Cicero (55 vC) 2004, 3:210-212.

³¹ Cicero (44 vC) 2000, 1:93-151.

is perceptible in every virtue, and can be detached from them more in theory than in practice.³²

Decorum is een kwaliteit die in alle deugden terugkomt en die moet doorschemeren in de stijl.

This concept of the fitting is to be observed in every act and every word, and also in every movement and posture of the body.³³

Wanneer we dit *decorum*-begrip proberen te betrekken bij de uiteenzetting over passende emoties, dan zijn alleen die emoties passend die passen bij deze spreker, dit onderwerp, deze toehoorder, in deze situatie. Dus in een juridische setting, wanneer ze passen bij de specifieke kenmerken van de toehoorder (een professionele rechter), bij de situatie (de moderne rechtspraktijk) en passen bij deze specifieke spreker (een professional). De eis dat de emoties moeten passen bij het onderwerp komt overeen met mijn eis dat ze moeten voortkomen uit de zaak, de eis dat ze moeten passen bij de toehoorder sluit aan bij mijn eis dat de emoties moeten voortkomen uit de taak die de rechter in deze zaak moet verrichten. En, de eis dat emoties moeten passen bij de spreker legt de link met het ethos van de pleiter, hij mag alleen die emoties gebruiken die ten dienste staan van zijn geloofwaardigheid.

En zo is opgemerkt de focus verschoven van de rechter naar de pleiter. Het ethos van de pleiter zal verder uitgewerkt worden in het volgende hoofdstuk.

1.6 Betrokken oordeelsvorming

Ik heb eerder ook al naar het begrip *betrokken oordeelsvorming* verwezen.³⁴ Het is tijd om het begrip nader te omschrijven. Er is sprake van *betrokken oordeelsvorming* wanneer bij de oordeelsvorming de emotionele kennis wordt gebruikt. Emotionele kennis is kennis met een eigen aard die het persoonlijke perspectief toevoegt aan de theoretische en/of praktische kennis, en die inzicht geeft in de belangen en waarden die bij een situatie in het geding zijn (normatieve kennis). Normatieve kennis omvat niet alleen morele waarden, maar ook bijvoorbeeld esthetische en juridische en sociale waarden, zoals deze zijn ingebed in de *common culture*. Een emotie is immers een manier om de relatie tussen de persoonlijke belangen en de wereld te beleven en te waarderen.³⁵ Emotionele kennis maakt het mogelijk om de emoties van anderen te begrijpen en daardoor in te zien welke belangen en waarden voor die

32 Cicero (44 vC) 2000, I:95.

33 Cicero (44 vC) 2000, I:126.

34 Hoofdstuk 4 §2.2 en §3.1 en Hoofdstuk 6 §1.3.

35 Zie ook Sartre (1939)1987, 85-91; Solomon 1977, 195-240; Pillsbury 1988/1989, 679-680.

anderen in het geding zijn (empathische kennis), hierdoor wordt het mogelijk het gedrag van andere mensen beter te begrijpen.

Emotionele kennis wordt geactiveerd door het beleven van een emotie of het (gedeeltelijk) herbeleven van eerder beleefde emoties.³⁶ Wanneer dit passende emoties zijn, dan spreek ik van *betrokken oordeelsvorming*. Er zit aan dit begrip dus een beschrijvend en een normatief aspect. Het beschrijvende aspect van *betrokken oordeelsvorming* is dat de beoordelaar een emotie (her)beleeft en daardoor zijn emotionele kennis activeert. Het normatieve aspect van het begrip is dat het eist dat de emoties (en dus de belangen) passend zijn omdat ze voortkomen uit de zaak of de daarbij te verrichten taak.

Rechterlijke oordeelsvorming wordt *betrokken oordeelsvorming* als de rechter een passende emotie (her)beleeft en daardoor zijn emotionele kennis activeert. Dit kan zijn omdat hij de emoties herkent die bij de betrokkenen spelen, of omdat er passende belangen met de te beoordelen situatie zijn verbonden, die resoneren met zijn persoonlijke belangen, of omdat een pleiter passende emotionele overtuigingsmiddelen gebruikt om een *betrokken oordeelsvorming* te bevorderen.

2. Betrokken oordeelsvorming en de kwaliteit van het rechterlijk oordeel

Betrokken oordeelsvorming ontstaat doordat er belangen of waarden van de beoordelaar bij het oordeel zijn betrokken, waardoor passende emoties bij de oordeelsvorming zijn betrokken. Maar, als emoties het rechterlijk oordeel beïnvloeden – ook al zijn het passende emoties – dan is dit toch nadelig voor de kwaliteit van de oordeelsvorming, omdat de rechter dan niet objectief en neutraal is en niet boven de emoties van de zaak staat? De mythe van de emotieloze rechtspraak is hardnekkig, maar gebaseerd op een aantal misvattingen.³⁷

Op de eerste plaats de misvatting dat emoties de rationaliteit bedreigen, deze misvatting heb ik in de Hoofdstukken 4 en 5 bestreden. In Hoofdstuk 4 heb ik laten zien dat een emotie naast een gevoel ook een opvatting (gedachte) bevat. In Hoofdstuk 5 is aangetoond dat de rationaliteit van elk oordeel – dus ook het rechterlijk oordeel – betrekkelijk is omdat er ook een intuïtief proces bij het oordelen is betrokken en omdat mensen bij complexe oordelen gebruikmaken van vuistregels die soms valkuilen blijken te zijn. Ten tweede de misvatting dat emotionele, subjectieve oordeelsvorming leidt

³⁶ Zie ook Niedenthal e.a. 2009.

³⁷ Een mythe is een verhaal dat niet letterlijk waar is, maar dat een sociale of culturele functie vervult.

tot 'kadi-rechtspraak'³⁸ waarbij de rechter zijn eigen rechtsgevoel stelt boven het recht. Deze misvatting heb ik bestreden door de opvatting dat subjectiviteit niet tegenover objectiviteit staat, maar staat voor de relaties die mensen kunnen hebben met de 'objectieve' wereld (§1.3) en door de herwaardering van het rechtsgevoel (Hoofdstuk 5 §2.1). In deze paragraaf wil ik eigenlijk de mythe definitief ontmaskeren door aannemelijk te maken dat een *betrokken oordeelsvorming* juist omdat deze persoonlijk, subjectief en emotioneel is, leidt tot een beter oordeel. Ik zal laten zien dat er directe en indirecte verbanden zijn tussen de betrokkenheid van de beoordelaar en de kwaliteit van de oordeelsvorming.

2.1 *Kwaliteit van de oordeelsvorming is een complex criterium*

Wanneer de vraag gesteld wordt onder welke voorwaarden het rechterlijk oordeel door emoties beïnvloed *mag* worden, dan volgt meteen de vraag naar het criterium. Aan de hand van welk criterium kan ik bepalen of dit mag? Of een (rechterlijk) oordeel mag worden beïnvloed door emoties is uiteindelijk gebaseerd op iemands mensbeeld, de taakopvatting van de rechter, opvattingen over de moraliteit van mensen en de plaats van emoties daarin. De inhoud van het laatste verband hangt dan weer samen met de opvattingen die iemand heeft over de sociale, morele en culturele functie van emoties. Kortom het antwoord op de normatieve vraag is afhankelijk van allerlei opvattingen over fundamentele kwesties. Onnodig te zeggen dat anderen veel meer en diepgaander over deze kwesties hebben geschreven.³⁹ In hoofdstuk 4 heb ik hier al op gewezen toen ik grip probeerde te krijgen op het emotiebegrip.

Het eerste criterium aan de hand waarvan ik ga bepalen of emoties het rechterlijk oordeel mogen beïnvloeden is de kans op manipulatie. De klassieke retorica waarschuwt dat de retorica en vooral het gebruik van pathos, een pleiter de instrumenten in handen zou geven om zijn toehoorder te manipuleren en daardoor de rechter zou overleveren aan de willekeur van de pleiter.

Het is niet gemakkelijk vast te stellen welke criteria er verder nog gelden voor het proces van oordeelsvorming. Er is weliswaar de laatste jaren veel geschreven over en onderzoek gedaan naar de kwaliteit van de rechtspraak, maar deze literatuur is nogal divers omdat de kwaliteitsvraag vanuit verschillende perspectieven gesteld wordt: het bedrijfsmatige perspectief, het

38 De term is van Max Weber die kadi-rechtspraak – informele rechtspraak op basis van persoonlijke ethische en praktische waardeoordelen – stelt tegenover de rationele-legale rechtspraak die haar legitimiteit ontleent aan de onpersoonlijke toepassing van het bevoegd tot stand gekomen recht: Bruinsma 1995, 13-14.

39 Zoals moraalpsycholoog Haidt 2001; Haidt 2003; Haidt & Bjorklund 2008. Socioloog Elster 1999. Filosofen als Solomon 1977; Solomon 1980; Goldie 2000; Goldie 2002b; Solomon 2004; Nussbaum 2004.

perspectief van de rechter of het perspectief van de betrokkenen.⁴⁰ Elk perspectief bedoelt iets anders met kwaliteit.

2.1.1 *Kwaliteit vanuit het perspectief van de organisatie*

Sinds haar oprichting in 2002 is de Raad voor de rechtspraak actief geweest om ‘ondersteuning te bieden aan activiteiten van de gerechten die gericht zijn op uniforme rechtstoepassing en bevordering van de juridische kwaliteit’.⁴¹ Het inmiddels bekende instrumentarium voor kwaliteitsbevordering – bekend bijvoorbeeld van de universitaire wereld – is ingezet: zo is er een de gerechten overkoepelend kwaliteitssysteem (RechtspraakQ)⁴² ingevoerd waar het klantwaarderingsonderzoek onder valt, maar ook de formulering van functioneringsmaatstaven, intervisie en permanente educatie voor rechters en als sluitstuk, de visitatie van de gerechten door een onafhankelijke visitatiecommissie.⁴³ In de *Hoofddlijnennotitie kwaliteit 2008-2011* zijn de plannen van de Raad voor de aangegeven periode uiteengezet. Het betreft voornamelijk maatregelen op gerechtsniveau (deskundigheidsbevordering, versterking feedbackcultuur, verbeteren van gestructureerde zelfreflectie door te leren van hoger beroep en cassatie, differentiatie van de normen voor de doorlooptijd, versterking ketenoriëntatie).⁴⁴ Als indicatoren voor kwaliteit onderscheidt de Raad in het rapport uit 2006 (*Kwaliteit kost tijd*): juridisch-inhoudelijke kwaliteit van de behandeling en de uitspraak, onpartijdigheid en integriteit, bejegening ter zitting en doorlooptijd van de behandelde zaken. Concreet denkt de Raad onder meer aan betere motivering van uitspraken, meer eenvoudige zittingen en vaker meelesen van vonnissen en dossiers.⁴⁵

Volgens Baas e.a. hebben gerechten inmiddels maatregelen en nieuwe werkwijzen geïntroduceerd met de genoemde kwaliteitsindicatoren als richtsnoer.

Aanvankelijk waren de maatregelen vooral gericht op de bejegening ter zitting, de onpartijdigheid en de integriteit en de doorlooptijd; bijzondere aandacht voor de inhoudelijke kwaliteit van de rechtspleging is van latere datum.⁴⁶

40 Zie bijvoorbeeld het onderzoek van Groot 1991; Ballegooijen e.a. 1996; Kam 2001; Bruinsma 2003; Trema 2007/2008; Rutten-vDeurzen 2010.

41 Art. 94 Wet Rechterlijke Organisatie.

42 RechtspraakQ is het overkoepelende kwaliteitssysteem dat door alle gerechten wordt gehanteerd. Een overzicht is te vinden in de brochure *Kwaliteit van de rechtspraak*, Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2008.

43 Zie voor een overzicht Delden e.a. 2007.

44 RvR 2007b.

45 RvR 2006; RvR 2007a, 20-21.

46 Baas e.a. 2010, 25.

Maar, hoe belangrijk de kwaliteitsstructuur van de organisatie ook is, het gaat mij niet om deze vorm van kwaliteit, maar om de kwaliteit op het niveau van de individuele rechter die het dossier doorneemt, de zitting voorbereidt en leidt, zich een oordeel vormt en uiteindelijk zijn beslissing motiveert. Niet dat de individuele kwaliteit van rechters losstaat van het kwaliteitsniveau van de organisatie, maar de kwaliteit van de organisatie levert niet de criteria op die ik nodig heb om de kwaliteit van de individuele oordeelsvorming aan te kunnen toetsen. Je zou zelfs – in navolging van Sennett – kunnen stellen dat de bedrijfsmatige kwaliteitseisen de individuele kwaliteit van een ‘ambachtsman’ bedreigen. In de Spinozalezing 2010 beschrijft Sennett de behoefte van mensen aan coherentie en traditie in het arbeidsproces. Deze waarden stellen een mens in staat om een goede ambachtsman te worden, door werkervaring op te doen en door loyaliteit en betrokkenheid naar het werk te ontwikkelen. In het moderne kapitalisme is de tijdshorizon korter (doorlooptijd, prestatienormen), de inhoud van de werkzaamheden en de arbeidsmarkt zijn flexibel gemaakt (plicht om te rouleren), waardoor coherentie en traditie ontbreken. De nadruk op efficiency, effectiviteit en bedrijfsresultaten, en de voorkeur van werkgevers voor jonge, goedkope en plooibare werknemers tonen bovendien aan dat loyaliteit, betrokkenheid en werkervaring weinig waard zijn.⁴⁷ Het bedrijfsmatige perspectief levert mij niet de criteria op die ik zoek, en volgens Sennett kan dat ook helemaal niet. Dus wend ik me tot het perspectief van de rechter en van de justitiabelen om criteria aan te ontleen.

2.1.2 *Kwaliteit vanuit het perspectief van de rechter*

Welke kwaliteitseisen stelt de rechter aan zijn eigen werk? In de sinds 1 mei 2010 geldende gedragscode voor rechters en gerechtsambtenaren worden als kernkwaliteiten genoemd: onpartijdigheid en onafhankelijkheid, onkreukbaarheid en professionaliteit. De eerste drie termen zijn duidelijk, maar wat verstaat de gedragscode onder professionaliteit? De code creëert onder het kopje ‘professionaliteit’ een aantal plichten die de individuele rechter heeft jegens de organisatie,⁴⁸ maar zwijgt over de eisen die gesteld kunnen worden aan de individuele taakvervulling. Daarom laat ik de code verder links liggen en laat ik drie ervaringsdeskundigen aan het woord.

Volgens Rutten-Roos⁴⁹ gaat het bij de beoordeling van de kwaliteit van een uitspraak niet om de mening van de rechter, noch om de mening van zijn beroepsgenoten:

⁴⁷ Sennett 2010, 37-53.

⁴⁸ De gedragscode verwijst onder het kopje ‘professionaliteit’ naar de plicht om zich respectvol te gedragen, afspraken na te komen, openheid te betrachten, het geven en ontvangen van feedback te bevorderen, eigen deskundigheid te ontwikkelen.

⁴⁹ Toen zij deze inleiding hield was zij vice-president in het gerechtshof Amsterdam.

Het gaat er uitsluitend en alleen om of de justitiabelen, de mensen die zich tot de rechter wenden (ik heb het over civiele rechtspraak) en die dat doen in het vertrouwen dat die rechter goed werk levert, dat die burgers in dat vertrouwen niet worden beschaamd. Dat is een wezenlijk element van de rechtsstaat.⁵⁰

Zij verwijst voor de kwaliteitseisen naar artikel 6 EVRM, onafhankelijke, onpartijdige rechters, die toegankelijk zijn voor iedereen, moeten de hen voorgelegde zaken binnen een redelijke termijn eerlijk en openbaar behandelen. Onder het begrip ‘eerlijk behandelen’ vallen dan de beginselen van procesrecht zoals hoor- en wederhoor en de motiveringsplicht. Rutten-Roos benadrukt dat de vraag of de rechter aan de in artikel 6 EVRM verwoorde verplichtingen voldoet, moet worden beantwoord door de rechtzoekende burgers, omdat in een rechtsstaat de rechtspraak moet voldoen aan de eisen die de burger daaraan mag stellen. Hoe moet worden bepaald welke eisen de burger ‘mag’ stellen werkt zij niet verder uit.

Everts⁵¹ kruipt dichter op de huid van de individuele rechter als hij stelt dat in essentie de taak van de rechter bestaat uit ‘zitten en beslissen’.⁵² Tijdens de zitting moet hij die informatie verzamelen die nodig is om te bepalen wat de relevante feiten zijn en welke rechtsvragen er spelen, en hij moet daarover met de betrokkenen kunnen communiceren. Hij moet de goede vragen stellen en kunnen luisteren. Wanneer alle informatie verzameld is, moet ‘de rechter beslissen’:

Het schiften van koren en kaf is gebaseerd op juridische deskundigheid, het knopen doorhakken is een ‘innerlijke vaardigheid’. Het op overtuigende wijze verwoorden van de beslissing, tenslotte, is een communicatieve vaardigheid.

Lauwaars⁵³ beschrijft de taak van de rechter weer wat anders. De rechter moet

... in een inzichtelijke procedure feiten vaststellen, achtergronden van mensen doorgronden, het recht toepassen en begrijpelijke gemotiveerde beslissingen nemen, en dat alles in het openbaar en op efficiënte en effectieve wijze.⁵⁴

Om deze taak te kunnen vervullen moet hij gedegen kennis van het recht hebben en beschikken over maatschappelijk inzicht, sociale vaardigheden,

⁵⁰ Rutten-Roos 1996, 34.

⁵¹ Op het moment dat hij dit schreef vice-president van de rechtbank Zwolle en programma-leider van de Stichting Studiecentrum Rechtspleging in Zutphen.

⁵² Everts 2000, 145-146.

⁵³ Toen (in 2000) coördinerend vice-president van de rechtbank Amsterdam.

⁵⁴ Lauwaars 2000, 149.

mensenkennis, inzicht in de psychologische aspecten van besluit- en meningsvorming en organisatorisch inzicht.

Samenvattend zou je kunnen zeggen dat vanuit het perspectief van de rechter de kwaliteit van zijn taakuitoefening afhankelijk is van de manier waarop hij de procedure leidt, de rechtzoekenden bejegt, zijn oordeel vormt en motiveert. Kwaliteitseisen van de oordeelsvorming zijn dan: gedegen kennis van het recht, onpartijdigheid, goede vragen kunnen stellen en goed kunnen luisteren, sociale vaardigheden, mensenkennis, inzicht in de psychologische aspecten van besluit- en meningsvorming en organisatorisch en maatschappelijk inzicht.

2.1.3 *Kwaliteit vanuit het perspectief van de rechtzoekende*

Vanuit het perspectief van de rechtzoekenden gaat het om het vertrouwen in de rechter. Zij moeten in de woorden van Rutten-Roos ‘vertrouwen dat de rechter goed werk levert’. Sinds de jaren negentig van de vorige eeuw is het vertrouwen van de burgers in de rechtspraak regelmatig onderzocht. Het vertrouwen van de Nederlandse burger is na een stabiel hoog vertrouwensniveau tot in de jaren tachtig (65%), in de loop van de jaren negentig gezakt tot 49% om daarna weer licht te stijgen (58%).⁵⁵ De cijfers moeten echter met een ‘flinke korrel zout’ worden genomen. Allereerst omdat vertrouwen een begrip is met vele betekenissen en het onmogelijk is vertrouwen in ‘harde’ cijfers uit te drukken. Ten tweede omdat de enquêtes de vraag naar het vertrouwen in de rechtspraak steeds stellen in een groter verband van het vertrouwen in allerlei andere instituties en omdat de enquêtes de vraag naar het vertrouwen in de rechtspraak vaak weer op een andere manier stellen.⁵⁶ Het maakt bijvoorbeeld nogal uit of gevraagd wordt naar het vertrouwen in de rechter, of het vertrouwen in het rechtssysteem of het vertrouwen in de rechtspraak. Vertrouwen in de rechtspraak blijkt samen te hangen met het vertrouwen dat een individu in zijn algemeenheid heeft in andere overheidsinstituties en in andere mensen; met geslacht, leeftijd, opleidingsniveau en religie; met de manier waarop iemand van de media gebruikmaakt;⁵⁷ met zijn angsten, zijn levensvisie; met zijn politieke voorkeur, zijn tevredenheid met de democratie, zijn politiek cynisme.⁵⁸ Of een burger vertrouwen heeft in de rechtspraak, is in ieder geval gedeeltelijk een kwestie van zijn *persoonlijke achtergrond en opvattingen*, waar rechter en rechtspraak geen invloed op hebben. De ander factor die van invloed is op het ‘vertrouwen in de rechtspraak’ is *de verwachtingen*

55 Meer 2004, 13-22.

56 Hertogh 2004.

57 Zo hebben mensen die kwaliteitskranten lezen meer vertrouwen in de rechtspraak (81% heeft vertrouwen in de rechtspraak), dan lezers van de Telegraaf (40% heeft vertrouwen in de rechtspraak). Een verklaring voor dit verschil is dat mensen die kwaliteitskranten lezen meer kennis van zaken hebben en daardoor meer vertrouwen.

58 Meer 2004, 24-40.

van de burger. Het gaat hierbij om de perceptie, de beeldvorming: komen de verwachtingen van burgers over rechtspraak overeen met hun feitelijke ervaringen met rechtspraak?

Sinds 2002 zijn bij alle gerechten een of meer klantwaarderingsonderzoeken gehouden. Hierbij wordt de mening van professionele gebruikers en rechtzoekenden gevraagd over de kwaliteit van de behandeling van de zaken door het gerecht. Hoe ervaren zij de onpartijdigheid, de integriteit, de juridische en niet-juridische inhoudelijke deskundigheid van de rechter, de bejegening door de rechter en de snelheid van de behandeling van de zaak. Kritiek is er vooral op niet-juridische deskundigheid en de kwaliteit van de uitspraken, met name de motivering (55% tevreden) en de rechtseenheid (47% tevreden) scoren relatief laag. De bejegening door de rechter scoort redelijk hoog (rond de 80% tevreden) alleen klaagt men over zijn inlevingsvermogen. De feitelijke ervaringen van de rechtzoekenden lijken dus redelijk positief.

In het kader van de discussie over nut en noodzaak van de invoering van lekenrechtspraak in Nederland hebben Boutellier en Lünemann kwalitatief empirisch onderzoek⁵⁹ gedaan naar de manier waarop Nederlandse burgers de rechtspraak beleven. Uit dit onderzoek blijkt dat het vertrouwen in de (straf)rechtspraak is gebaseerd op de kernwaarden: objectiviteit, deskundigheid, en evenwicht. Onder objectiviteit verstaan de geïnterviewden neutraliteit, onpartijdigheid en onafhankelijkheid van de rechters:

(...) zij behoren met enige afstand van de emoties en belangen een rechtvaardige beslissing te nemen. De rechtspraak moet niet meegaan met de waan van de dag. Het wordt belangrijk gevonden dat de rechter een onafhankelijk oordeel velt. Als politiek en rechtspraak verweven raken tast dit de onpartijdigheid van de rechterlijke macht aan – rechtspraak en politiek dienen gescheiden te blijven. *'Ik vind dat de rechter autonoom is en moet blijven onder alle omstandigheden. Zelfs in oorlog.'*⁶⁰

Burgers verwachten dat een rechter deskundig is, dat het iemand is die juridische kennis en analytisch vermogen paart aan mensenkennis.

Men wil bescherming én invoelend vermogen, een objectieve autoriteit die ook communicatief is, een superieure oordeelskracht met een goed gevoel voor

59 Door middel van diepte-interviews (17 personen) en panneldiscussies (2 groepen van 6 personen). 'In zo'n sessie kon elk van de zes deelnemers aan de hand van een semi-structureerde vragenlijst zijn of haar mening naar voren brengen. Die werden op een scherm (anoniem) geprojecteerd. Vervolgens kon men via de computer reageren op elkaars antwoorden. Desgewenst was mondelinge inbreng mogelijk. Bij de samenstelling van het panel was uitdrukkelijk gestreefd naar een spreiding van de deelnemers naar opleiding, sekse, leeftijd, en culturele achtergrond.': Boutellier & Lünemann 2007, 48.

60 Boutellier & Lünemann 2007, 49.

wat er speelt. Men verlangt naar een menselijke, empathische rechter die toch neutraal en objectief is.⁶¹

Met de waarde evenwicht bedoelen de respondenten dat de rechter tot taak heeft het onrecht in balans te brengen. De rechter heeft tot taak verdelende rechtvaardigheid te realiseren, of – zoals een geïnterviewde het uitdrukt – het ‘rechtzetten van alle gevolgen voor beide partijen en hun omgeving...’.⁶²

Dit onderzoek is moeilijk in verband te brengen met het klantwaarderingsonderzoek bij de gerechten, omdat deze laatste plaatsvinden met behulp van enquêtes met gesloten vragen waar – op een schaal van vijf van zeer tevreden naar zeer ontevreden – geantwoord kon worden, terwijl het onderzoek van Boutellier en Lünemann bestond uit diepte-interviews en paneldiscussies. De verwachtingen die Boutellier en Lünemann uit de mond van de burgers optekenden hebben meer diepgang en een hoger abstractieniveau dan de meting van de feitelijke ervaringen in het klantwaarderingsonderzoek.

Uit dit – zeer korte overzicht van het – complexe verhaal over de kwaliteit van de rechterlijke oordeelsvorming licht ik als meest voorkomende criteria: objectief, deskundig en rechtvaardig, en voor de kwaliteit van het rechterlijk oordeel geldt dan nog de eis dat de uitspraak goed gemotiveerd moet zijn. In dit hoofdstuk zal ik nagaan of een beroep op de emoties van degene die oordeelt tot willekeur leidt, de objectiviteit, de deskundigheid of de rechtvaardigheid van de oordeelsvorming aantast. De eis van de objectiviteit omvat de onpartijdigheid, onafhankelijkheid en autonomie van de rechter, de eis van de deskundigheid omvat naast de voor de hand liggende juridische deskundigheid en de deskundigheid om de zitting op een goede manier te leiden ook oordeelskundigheid, mensenkennis en empathisch vermogen. De eis van de rechtvaardigheid omvat naast de hierboven al genoemde verdelende rechtvaardigheid ook de procedurele rechtvaardigheid en de interactionele rechtvaardigheid. De rechter moet met zijn oordeel niet alleen zorgen ‘dat ieder het zijne krijgt’, maar hij moet ook de procedure op een rechtvaardige wijze laten verlopen.

2.2 *Betrokken oordeelsvorming en de weerbaarheid tegen manipulatie*

Rechterlijke oordeelsvorming is *betrokken* oordeelsvorming wanneer de immateriële eigen belangen van de rechter meewegen en hij emoties ondergaat die zijn opgewekt door de zaak of de daarbij behorende taak. De *betrokken* rechter is beter bestand tegen manipulatie, omdat de betrokkenheid de rechter namelijk een persoonlijk criterium biedt aan de hand waarvan hij kan oorde-

61 Boutellier & Lünemann 2007, 61.

62 Boutellier & Lünemann 2007, 49.

len. Dit is nodig omdat het rechterlijk oordeel vaak het karakter heeft van een complexe, onzekere beslissing. Onzekere beslissingen kenmerken zich door onzekerheid met betrekking tot de te verwachten uitkomsten – welke effecten hebben de mogelijke alternatieve juridische beslissingen in de praktijk? – en onzekerheid over de waardering van de mogelijke uitkomsten omdat er geen criterium bestaat om de juistheid van de uitkomst te bepalen, want hoe kan een rechter bepalen of deze beslissing inderdaad rechtvaardiger is dan een andere?⁶³ De kans op manipulatie bij onzekere beslissingen is dus groot omdat er geen criterium is dat houvast biedt en dat losstaat van de te beoordelen situatie. Dit criterium ontleent hij aan zijn de persoonlijke waarden, de waarden van de taakomgeving en de culturele waarden.⁶⁴

Bij een *betrokken oordeelsvorming* zijn de belangen en de emoties van de rechter betrokken. De emoties ontstaan omdat zijn waarden bij de oordeelsvorming betrokken zijn of omdat emoties voortkomen uit de zaak of daarbij behorende taak of omdat ze opgewekt worden door de pleiter. Aangezien emotionele betrokkenheid kennis activeert – door de herbeleving van de persoonlijke ervaring met eerdere (vergelijkbare) situaties – heeft de rechter criteria tot zijn beschikking gekregen – die hij uit eigen (beroeps)ervaring kent – om de huidige situatie te beoordelen.

Bij de *betrokken oordeelsvorming* komt de levens- en ervaringskennis van de rechter beschikbaar. Dit persoonlijke criterium biedt de beslisser houvast, maar blijkt geen statisch, vast criterium te zijn. Het blijkt een dynamisch geheel van normen en ervaringsgegevens te zijn die naar aanleiding van een concrete situatie geconstrueerd en gedeconstrueerd worden, waarbij de ene norm voorlopig in tact wordt gelaten terwijl een andere norm wordt bijgesteld.⁶⁵ Bij de oordeelsvorming in een specifiek geval fungeert dit dynamische geheel echter voor deze beoordelaar als een ‘vast’ criterium. Het oordeel wordt beter als er belangen van de beoordelaar bij betrokken zijn omdat hij dan een criterium kan hanteren dat hij uit eigen ervaring kent. Zo blijkt dat de algemene waarborg tegen manipulatie ook bij de rechterlijke oordeelsvorming relevant is. Elke vorm van oordeelsvorming is immers beter tegen manipulatie bestand wanneer de beoordelaar zaken beoordeelt die in relatie staan met zijn eigen belangen of doeleinden. Hij toetst dan aan wat goed is voor hem of voor het algemeen belang zoals hij dit opvat en heeft een eigen criterium om zijn oordeel op te baseren.⁶⁶

63 Hoofdstuk 1 §2.1.5c en vgl. Garver 1994, 106. Dit is een kenmerk van praktische kennis: er is geen theoretisch standpunt van buiten de situatie dat het mogelijk maakt om het praktische oordeel te beoordelen.

64 Zie Hoofdstuk 5 §3.2.

65 Zie ook Garsten 2006, 126.

66 Aristoteles (ong. 330 vC) 1999, 1141a:25, 1141b:9, 1142b:32.

De kans op manipulatie wordt beperkt omdat een *betrokken oordeel* de rechter een maatstaf geeft aan de hand waarvan hij kan bepalen wat de waarden is van de alternatieve oplossingen in een complex onzeker geval. Door dit houvast wordt het gevaar van manipulatie kleiner. *Betrokken oordeelsvorming* ofwel rechterlijke emoties maken de kans op manipulatie kleiner dan deze bij afstandelijke oordeelsvorming is.⁶⁷

2.3 *Betrokken oordeelsvorming en de eis van de objectiviteit*

2.3.1 *Onafhankelijk en autonoom*

In §2.1 heb ik het onderzoek van Boutellier en Lünemann besproken, waaruit blijkt dat burgers vooral verwachten dat een rechterlijk oordeel objectief is. Dit lijkt niet te verenigen met mijn pleidooi voor *betrokken* – dus subjectieve – *oordeelsvorming*.

De rechtspraak is volgens de geïnterviewde burgers objectief als de rechter onpartijdig, autonoom en onafhankelijk is:

zij behoren met enige afstand van de emoties en belangen een rechtvaardige beslissing te nemen ... niet mee [te] gaan met de waan van de dag ... rechtspraak en politiek dienen gescheiden te blijven.⁶⁸

De eis van de onafhankelijkheid heeft betrekking op de verhouding tussen de rechterlijke macht en de andere staatsmachten.⁶⁹ Om de onafhankelijkheid te waarborgen regelt de Nederlandse wet, dat rechters voor het leven worden benoemd, dat ze niet kunnen worden afgezet of overgeplaatst en dat ze geen verantwoording schuldig zijn aan de regering, Staten-Generaal of de politiek. Om te bepalen of een gerecht onafhankelijk is – zoals bedoeld in artikel 6 EVRM – houdt het EHRM rekening met verschillende factoren: zoals de wijze van benoeming en de benoemingstermijn van de leden van het gerecht en het bestaan van garanties tegen externe druk.⁷⁰ Of bij de regelgeving rondom overheidsrechtspraak de verhouding met de andere staatsmachten goed geregeld is ofwel bij andere rechterlijke instanties de door het EHRM genoemde factoren in acht zijn genomen, staat los van het feit of de rechter gebruikmaakt van *betrokken* of van afstandelijke oordeelsvorming.

67 De weerstand tegen manipulatie is ook afhankelijk van de context waarbinnen de oordeelsvorming plaatsvindt. Is deze vormgegeven als een retorische situatie – er vindt een vrije discussie plaats, die gestructureerd is volgens aanvaarde regels en wordt uitgevochten ten overstaan van een kritische oordelende instantie – dan is er minder kans op manipulatie: Witteveen 1988, 51-77; Mootz 2006, 41; Nieuwenhuis 2007, 73.

68 Boutellier & Lünemann 2007, 49.

69 Brenninkmeijer 1995, 28-29.

70 EHRM 25 september 2001, nr. 33368/96, Yakiş v. Turkey.

Ook de eis van de autonomie van de rechter is bij de *betrokken oordeelsvorming* niet anders in het geding dan bij een afstandelijk oordeel. Misschien zou je zelfs kunnen stellen dat de *betrokken oordeelsvorming* de rechterlijke autonomie juist probeert te waarborgen. Het doel van de betrokkenheid is immers dat de rechter het persoonlijke perspectief bij zijn oordeel betreft, de onvermijdelijke invloed van de persoon van de rechter bij de *betrokken oordeelsvorming* zal de autonomie van de rechter alleen maar vergroten.⁷¹ Bovendien is het effect van de betrokkenheid dat de rechter meer weerstand heeft tegen de overtuigingskracht van irrelevante overtuigingsmiddelen en dus zo min mogelijk vatbaar is voor manipulatie.

Dus *betrokken oordeelsvorming* vormt geen bedreiging voor de waarden onafhankelijkheid en autonomie.

2.3.2 Onpartijdigheid

De enige van de drie waarden die onder de eis van de objectiviteit worden begrepen die mogelijk in het gedrang komt, is de onpartijdigheid. *Betrokken oordeelsvorming* – waarin per definitie immateriële persoonlijke belangen en waarden worden meegewogen – zou tot een partijdig oordeel kunnen leiden. De vraag rijst of oordeelsvorming waarbij belangen van de oordelaar zijn betrokken altijd leidt tot een partijdig oordeel.

Volgens Gommer is dit inderdaad het geval. Er is sprake van partijdigheid zodra een rechter een eigen belang heeft bij de uitspraak, want dan ‘wordt hij rechter in eigen zaak’. Gommer heeft onderzocht wat de invloed is van de uitlatingen van politici – over zaken die nog onder de rechter zijn – op de onpartijdigheid van de rechter. Hij definieert onpartijdigheid in een paar zinnen als belangeloosheid en concentreert zich verder op onafhankelijkheid. Hij constateert dat de begrippen elkaar overlappen en/of aanvullen, zodat onafhankelijkheid betekent:

De onpartijdigheid wordt uitgebreid naar andere partijen die belang zouden kunnen hebben bij de uitspraak van de rechter. De rechter mag niet de *belangen* van één der procespartijen voorstaan (onpartijdigheid), niet zijn eigen *belangen* nastreven (onpartijdigheid of liever ‘belangeloosheid’), maar ook niet de *belangen* van de staat of pressiegroepen.⁷²

Deze nauwe band tussen de begrippen betekent dat onafhankelijkheid een belangrijk aspect vormt van de rechterlijke onpartijdigheid. Dan blijkt hij te bedoelen de functionele onafhankelijkheid en de subjectieve onpartijdigheid van de rechter. Vervolgens constateert hij dat onafhankelijkheid een illusie is,

⁷¹ Zie ook Ingelse 2010, 1964.

⁷² Gommer 2008, 21.

omdat de rechter in de praktijk nu eenmaal deel uit maakt van een netwerk van instituties dat het recht interpreteert. Dit netwerk van instituties levert de rechter allerlei juridische en buitenjuridische informatie, zodat hij tot een degelijk, afgewogen, onpartijdig oordeel kan komen. Uiteindelijk concludeert Gommer dat het begrip onafhankelijkheid geen noodzakelijke voorwaarde is voor een onpartijdige rechter, maar dat onaantastbaarheid van de definitieve uitspraak en belangeloosheid van de rechter dat wel zijn.⁷³

Ik ben het niet met Gommers redenering eens. Op de eerste plaats is zijn analyse van de begrippen onpartijdigheid en onafhankelijkheid niet helder. De door hem geconstateerde overlap tussen de begrippen onafhankelijkheid en onpartijdigheid is volgens mij te wijten aan het feit dat hij geen onderscheid maakt tussen het objectieve en het subjectieve aspect van onpartijdigheid, maar het objectieve aspect van onpartijdigheid begrijpt onder onafhankelijkheid. Gommer stelt immers dat onafhankelijkheidseis betrekking heeft op de verhouding tussen de rechterlijke macht enerzijds en anderzijds de andere staatsmachten, de procespartijen en belangengroepen. Terwijl men over het algemeen onder onafhankelijkheid alleen verstaat de verhouding tussen de rechterlijke instantie en de andere staatsmachten: wetgeving en bestuur. De eventuele belangenverstrengeling tussen een individuele rechter en de procespartijen of belangengroepen valt onder het objectieve aspect van onpartijdigheid, ofwel de structurele onpartijdigheid zoals het EHRM dit in Procola-arrest noemt.⁷⁴

Mijn tweede punt van kritiek is dat Gommer het begrip onafhankelijkheid afserveert en onder één noemer brengt met onpartijdigheid omdat de onafhankelijkheid in de praktijk niet gerealiseerd wordt. Hiermee gaat Gommer voorbij aan het feit dat onafhankelijkheid en onpartijdigheid rechtsbeginselen zijn die aangeven hoe te handelen om het ideaal van een eerlijk proces zo veel mogelijk te realiseren. Een ideaal duidt een abstract streefdoel aan, dat per definitie nooit gerealiseerd wordt. Uit een ideaal leiden we rechtsbeginselen af die een leidraad vormen voor het handelen. Een rechtsbeginsel heeft in de woorden van Alexy het karakter van een Optimierungsgebote.⁷⁵ Dit betekent dat een rechtsbeginsel een gebod bevat om de waarde die in het beginsel is vervat zo 'optimaal' mogelijk te realiseren binnen de gegeven juridische en feitelijke omstandigheden. Ook een rechtsbeginsel zal nooit helemaal worden verwezenlijkt. Rechtsbeginselen kunnen eventueel tot concreet uitgewerkte regels leiden.⁷⁶ Zo leidt het ideaal van het eerlijke proces via het beginsel van de onpartijdige rechter tot de regels met betrekking tot wraking

73 Gommer 2008, 19-36.

74 EHRM 28-09-1995, AB 1995, 588.

75 Alexy 1985, 19.

76 Zie voor de verhouding tussen ideale, beginselen en regels in het recht: Taekema 2000, 1-13.

en verschoning. De constatering dat de onafhankelijkheid in de praktijk niet wordt waargemaakt, bevestigt nu juist het belang van het rechtsbeginsel als richtsnoer voor het handelen.

Mijn derde punt van kritiek heeft betrekking op een van Gommers conclusies:

Een onpartijdige rechter laat zich niet leiden door het eenzijdige belang van één der procespartijen, niet door het belang van derden en niet door eigen belang.⁷⁷

Dit is het tegenovergestelde van wat ik beweer. Mijn standpunt is dat de kwaliteit van het oordeel dat een rechter velst mede afhankelijk is van zijn betrokkenheid bij de oordeelsvorming en dat zijn betrokkenheid juist afhankelijk is van zijn belanghebbendheid. Volgens mij moet de rechter dus helemaal niet belangeloos maar belanghebbend zijn.

Kan *betrokken oordeelsvorming* wel tot een onpartijdig oordeel leiden of moet een rechter – zoals Gommer stelt – helemaal belangeloos zijn om onpartijdig te kunnen oordelen? Naar aanleiding van het symposium ‘Voorkoming van de schijn van partijdigheid’,⁷⁸ het daaruit voortvloeiende onderzoeksrapport van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum ‘Schijn van partijdigheid rechters’⁷⁹ en de verschoningscodes die al bij de verschillende gerechten bestonden, is in opdracht van de Raad van de Rechtspraak en de vergadering van presidenten van rechtbanken en appèlcolleges een *Leidraad onpartijdigheid van de rechter* ontwikkeld.⁸⁰ De *Leidraad* definieert partijdigheid als ‘het aanwezig zijn van uitzonderlijke omstandigheden die zwaarwegende aanwijzingen opleveren dat de rechter vooringenomenheid koestert, althans dat de dienaangaande bestaande vrees objectief gerechtvaardigd is’. Dit is de formule die de Hoge Raad⁸¹ hanteert in navolging van het EHRM.⁸² Om partijdigheid vast te stellen wordt een subjectieve en een objectieve toets gehanteerd. Bij de subjectieve toets beoordeelt men de partijdigheid op grond van het persoonlijke gedrag van een specifieke rechter in een concreet geval (in de terminologie van het EHRM: *actual bias*). Uitgangspunt bij deze subjectieve toets is het vermoeden van onpartijdigheid. Schending hiervan wordt alleen aangenomen als zich uitzonderlijke omstandigheden voordoen die een zwaarwegende aanwijzing opleveren dat de rechter partijdig is. Bij de objectieve toets kijkt men of er feitelijke omstandigheden zijn die gerechtvaardigde twijfels doen rijzen ten aanzien van de rechterlijke onpartijdigheid (in de

77 Gommer 2008, 34.

78 Arnhem 2000.

79 Kuppens & Voert 2002.

80 Gepubliceerd op 22 juli 2004.

81 HR 18 november 1997, NJ 1998, 244.

82 EHRM 24 mei 1989, NJ 1990, 627 (Hauschildt/Denemarken).

terminologie van het EHRM: *appearance of bias*). De aanbevelingen in de *Leidraad* hebben voornamelijk betrekking op de objectieve onpartijdigheid. Zij zijn namelijk vooral gericht op het voorkomen van feitelijke omstandigheden waardoor de schijn van rechterlijke partijdigheid zou kunnen ontstaan, zoals belangenverstrengeling door een bestaande relatie met betrokkenen, nevenfuncties, (neven)functies van familieleden en kennissen, de voormalige werkring, en door eerdere bemoeienis met de zaak.⁸³ Een *betrokken oordeelsvorming* zal de objectieve toets op dezelfde manier doorstaan als een afstandelijk oordeel, omdat deze toets betrekking heeft op de feitelijke omstandigheden waardoor een schijn van partijdigheid zou kunnen ontstaan. In gelijke objectieve omstandigheden maakt het voor de objectieve toets niet uit of er sprake is van *betrokken* of niet-betrokken oordeelsvorming.

Bij *betrokken oordeelsvorming* beïnvloeden belangen en waarden de oordeelsvorming van de rechter in een concrete zaak, zodat sprake zou kunnen zijn van vooringenomenheid waardoor de oordeelsvorming de subjectieve toets niet zou doorstaan. De subjectieve toets stelt echter zware eisen voordat vooringenomenheid wordt aangenomen, er moet sprake zijn van: 'uitzonderlijke omstandigheden die een zwaarwegende aanwijzing opleveren dat de rechter partijdig is'. Wat verstaan moet worden onder deze open norm is niet zomaar uit de jurisprudentie af te leiden. Er zijn namelijk in de jurisprudentie niet veel gevallen te vinden waarin sprake is van subjectieve partijdigheid.

Misschien kan de wrakingspraktijk duidelijkheid verschaffen over wat verstaan kan worden onder 'uitzonderlijke omstandigheden' en 'zwaarwegende aanwijzingen'. Uit het onderzoek van Ter Voert en Kuppens blijkt dat de meest voorkomende reden voor een wrakingsverzoek de subjectieve partijdigheid van de rechter is. De meeste wrakingsverzoeken klagen over de manier waarop deze rechter, deze partijen ter zitting heeft bejegend of deze zaak heeft behandeld.⁸⁴ Voorbeelden van wrakingsredenen zijn: de wijze van ondervragen, ongelijke behandeling (bijvoorbeeld omdat de ene partij meer tijd krijgt om zijn zaak uiteen te zetten dan de andere), een geïrriteerde houding, het innemen van een bepaald standpunt, het doen van grievende uitspraken.⁸⁵ Dit is inderdaad allemaal gedrag dat de schijn van partijdigheid kan opwekken en kan inderdaad samenhangen met de emoties die de rechter op dat moment beleeft. Maar wil er sprake zijn van ongerechtvaardigde vooringenomenheid, dan moeten zich wel uitzonderlijke omstandigheden

83 De Leidraad stelt dat voor het optreden van de rechter ter zitting (de subjectieve toets) geen algemene aanbevelingen te geven zijn, oppert het hulpmiddel intervisie, maar laat het verder aan de gerechten zelf over.

84 Voert & Kuppens 2002, 27-28.

85 Dekker & Meer 2007, 30-32. Onbevooroordeeld optreden, gelijke behandeling en procedurele juistheid ter zitting blijkt zwaar te wegen voor het vertrouwen van de burger in de rechtspraak, zwaarder zelfs dan de persoonlijke ervaringen met rechtspraak of de eigen opvatting over criminaliteit.

voordoen die een zwaarwegende aanwijzingen opleveren. Dit lijkt bij *betrokken oordeelsvorming* eigenlijk alleen het geval als de rechter eigen belangen meeweegt die losstaan van de kwestie waarover geoordeeld moet worden én niets te maken hebben met de taak of het doel van de oordeelsvorming.⁸⁶ Wil er sprake zijn van subjectieve partijdigheid in de zin van ongerechtvaardigde vooringenomenheid dan moet dus voldaan zijn aan een dubbel criterium: de rechter moet belangen laten meewegen die én persoonlijk zijn én buiten de zaak, de taak en het doel van de oordeelsvorming staan.

Bij *betrokken oordeelsvorming* mag de rechter dus alleen persoonlijke belangen mee laten wegen die voortkomen uit de zaak of de taak en het doel van de oordeelsvorming. Deze voorwaarde is echter al opgenomen in het begrip *betrokken oordeelsvorming* via de eis van de passendheid (§1.4).

2.4 *Betrokken oordeelsvorming en de eis van de deskundigheid*

Rechterlijke emoties zijn aanvaardbaar als ze de kwaliteit van de oordeelsvorming niet bedreigen. Tasten rechterlijke emoties de deskundigheid van de rechter aan?

De rechterlijke deskundigheid heeft een aantal facetten. Uit het onderzoek van Boutellier en Lünemann blijkt dat de rechter aan een aantal tegenstrijdige eisen moet voldoen om als deskundig aangemerkt te worden. Hij moet rechtskennis hebben en over analytisch vermogen beschikken, onafhankelijk, afstandelijk en onkreukbaar zijn, anderzijds moet hij mensenkennis en empathisch vermogen hebben, en betrokken zijn.⁸⁷ Vanuit het perspectief van de rechtzoekende blijkt de kwaliteit van het rechterlijk oordeel deels samen te vallen met hun oordeel over de kwaliteit van de rechter.

Voor het onderzoek naar de invloed van rechterlijke emoties op de kwaliteit van de oordeelsvorming wil ik vier criteria uit dit rijtje schrappen. Het criterium onkreukbaar, omdat dit betrekking heeft op de levenswandel van

86 Zie ook Wiersma 2001, 1837.

87 Boutellier & Lünemann 2007, 49.

Regelmatig wordt naar voren gebracht dat rechters deskundig behoren te zijn. Men noemt wetskennis, maar ook analytisch vermogen en mensenkennis. Deze waarde [deskundigheid, MY] wordt in verband gebracht met de onkreukbaarheid van rechters. Misslagen van rechters tasten het vertrouwen in de rechterlijke macht aan: 'Als burger heb je het verlangen dat daar toch mensen werkzaam zijn die onkreukbaar zijn.'

En op p. 51:

'Van mij mogen rechters best wel een beetje in die ivoren toren zitten. Ze mogen best wel een beetje arrogant overkomen. Ze hoeven niet op gelijke voet te staan met iemand die in de beklagdenbank zit. Ze mogen daar best een beetje boven staan als ze dat dan maar sociaal juist doen of zo. Als ze het maar niet misbruiken. Ze moeten zich wel kunnen inleven, maar ook duidelijk kunnen zeggen hoe de grenzen liggen.' Rechters moeten met andere woorden schipperen tussen menselijk zijn en deskundig: 'Afstandelijkheid, maar ook empathie'.

de rechter en niet op de manier waarop hij tot een oordeel komt, de criteria afstandelijk en betrokken omdat dit tegengestelde begrippen zijn en ik de betrokken oordeelsvorming al heb bepleit, en het criterium onafhankelijk omdat dit in de vorige paragraaf is besproken. Wat rest is rechtskennis, analytisch vermogen en empathisch vermogen. Hier voeg ik de oordeelskundigheid aan toe.

2.4.1 Emoties van de rechter en zijn juridische deskundigheid

Dat de juridische kennis en het analytisch vermogen belangrijke onderdelen zijn van de rechterlijke deskundigheid behoeft geen betoog. Een rechterlijke emotie zal de juridische kennis en zijn analytisch vermogen niet direct beïnvloeden, maar misschien wel indirect. In het vorige hoofdstuk heb ik laten zien dat de emotionele beleving van een beoordelaar van invloed is op de wijze waarop hij informatie verwerkt. Of dit ook voor een professionele beoordelaar – zoals een rechter – geldt, is nog niet onderzocht. In theorie zijn de volgende effecten denkbaar. De informatieverwerving en -verwerking zouden meer of minder systematisch en diepgaand kunnen zijn naarmate de emotie een gevoel van respectievelijk onzekerheid of van zekerheid bevat. Ten tweede beïnvloeden emoties de manier waarop mensen een situatie inschatten. De waarde of de kleur van de emotionele staat van de rechter zou kunnen bepalen welke gegevens hij benadrukt. Op de derde plaats blijkt de beoordelaar op de te verwachten emoties te anticiperen en zijn oordeel aan te passen aan die verwachtingen. De emotionele staat van de rechter zou dus indirect van invloed kunnen zijn op de oordeelsvorming van de rechter, maar om dit met zekerheid te kunnen beweren, moet er nader onderzoek naar verricht worden.

De rechtskennis die nodig is om op juridisch-technisch correcte wijze de procedure te leiden en een juridisch correct oordeel te vellen is een belangrijk onderdeel van de deskundigheid van de rechter, dat niet direct beïnvloed wordt door eventuele rechterlijke emoties. Maar de deskundigheid van de rechter zou ook oordeelskundigheid en empathisch vermogen moeten bevatten. Wat is de invloed van de emotionaliteit van de rechterlijke oordeelsvorming op deze aspecten van zijn deskundigheid?

2.4.2 Deskundigheid omvat oordeelskundigheid

De rechter – als professionele beoordelaar – zou een deskundige in het oordelen moeten zijn. Bij complexe oordelen maken mensen – alle mensen, ook professionele beslissers – gebruik van vuistregels die mensen helpen om snel te beslissen, terwijl ze de beoordelaar ook op het verkeerde been kunnen zetten waardoor ze valkuilen worden en de kwaliteit van het oordeel

aantasten.⁸⁸ In het vorige hoofdstuk zijn de cognitieve en de emotionele vuistregels en valkuilen al besproken.⁸⁹ Hier is alleen relevant te benadrukken dat er zowel cognitieve als emotionele valkuilen bestaan. Guthrie en anderen hebben met behulp van empirisch onderzoek vastgesteld dat rechters – net als andere mensen – in ieder geval in drie cognitieve valkuilen vallen: anker-ring, representativiteit en achterafkennis (zie bijlage 2). Emoties zullen waarschijnlijk niet gevaarlijker zijn dan cognities.⁹⁰

Om oordeelskundig te zijn, zou de rechter veel meer moeten weten van de emotionele valkuilen en de manier waarop hij deze zo veel als mogelijk kan vermijden.

a. Meer kennis van het proces van oordeelsvorming

De psychologie, de cognitieve en de neurowetenschappen hebben de laatste decennia veel kennis over oordeelsvorming verzameld. Ik heb tot nu toe – vooral in het vorige hoofdstuk – gebruikgemaakt van een klein deel van deze kennis, maar er zou veel meer systematische juridische aandacht moeten zijn voor de ontwikkelingen binnen deze wetenschappen, voor de relevantie van deze inzichten voor het recht en de rechtspraktijk en voor het inzichtelijk maken van deze kennis voor juristen. Hoe kunnen juristen de oordeelsvorming sturen en een aanvaardbaar oordeel vellen in complexe en onzekere situaties als ze niet weten dat er twee processen bij de oordeelsvorming betrokken zijn en dat het intuïtieve proces sneller is dan het deliberatieve proces; niet weten dat elk mens bij de oordeelsvorming gebruikmaakt van vuistregels die in valkuilen kunnen verkeren; niet weten hoe zij deze valkuilen kunnen voorkomen; niet weten welke rol emoties bij de oordeelsvorming spelen en niet weten onder welke voorwaarden emoties de kwaliteit van het oordeel kunnen verbeteren?

Er zou onder juristen meer kennis moeten zijn over de theorie van de oordeelsvorming. Gelukkig is de laatste tijd in de rechterlijke macht enige belangstelling voor dit onderwerp ontstaan, maar deze kennis zou onder alle juristen gemeengoed moeten zijn. In de opleiding van juristen zou meer aandacht moeten worden besteed aan de oordeelsvorming, opdat juristen leren dat ook zij gebruikmaken van cognitieve vuistregels en dat er middelen zijn om te voorkomen dat vuistregels valkuilen worden.

In de literatuur is men het er wel over eens dat het mogelijk is om het risico van valkuilen te verminderen door de beslisser te scholen. Wil de beslisser valkuilen voorkomen, dan zal hij aan drie voorwaarden moeten voldoen. Op de eerste plaats is het noodzakelijk dat hij zich bewust is van het bestaan van vuistregels en valkuilen. Kennis van de valkuilen, de omvang van het

88 Hoofdstuk 5 §2.2.

89 Hoofdstuk 5 §3.2.3.

90 Zie ook Guthrie e.a. 2007, 119-126.

gevaar en de invloed die ze op het uiteindelijke oordeel hebben zal het gevaar van valkuilen nooit helemaal uitsluiten, maar is wel een eerste voorwaarde. Daarnaast zal de beslisser gemotiveerd moeten zijn om valkuilen te vermijden. Ook hiervoor is kennis van doorslaggevend belang. Een derde eis is dat de beslisser kennis heeft van de manier waarop eventuele valkuilen kunnen worden gecorrigeerd. Er is enig empirisch bewijs dat het mogelijk is om cognitieve valkuilen te voorkomen met zelfcorrectie. De beste manier lijkt te zijn dat de beoordelaar zijn eigen oordeel ter discussie stelt en tegenargumenten probeert te vinden.⁹¹ Dit betekent dat de beslisser zich bewust moet zijn van de valkuilen en gemotiveerd moet zijn om ze te corrigeren door met zichzelf in discussie te gaan. Dit advies komt overeen met de retorische opvatting dat het vermogen om tegengestelde standpunten te bepleiten de waarheid dient.

Een vergelijkbare remedie lijkt te werken tegen emotionele valkuilen. Ook hier is zelfcorrectie de beste manier om te voorkomen dat een vuistregel een valkuil wordt. De beslisser moet zich de emotie eerst bewust worden en deze vervolgens toeschrijven aan het juiste object.⁹² In de paragraaf over de betrouwbaarheid van emoties als bron van kennis (Hoofdstuk 4) heb ik laten zien dat de jaloersheid van Leontes was gebaseerd op een verkeerde interpretatie van zijn waarnemingen. Leontes dacht dat Polixenes Hermione had verleid omdat hij zag hoe vriendelijk zijn vrouw tegen Polixenes deed en werd enorm jaloers. Leontes had zijn jaloezie kunnen overwinnen door zich zijn emotie echt bewust te worden en zich af te vragen wat het werkelijke object van deze emotie was. Was hij jaloers of was hij eigenlijk bang de mooie Hermione te verliezen? Of was hij kwaad omdat Hermione haar gast meer aandacht gaf dan ze hem gaf? Of voelde hij zich machteloos omdat hij met staatszaken in een dilemma was beland en leefde hij zijn machteloosheid af op zijn vrouw en zijn beste vriend? Wanneer de emotie is toegeschreven aan het juiste object, kun je je vervolgens afvragen of deze emotie passend is (Hoofdstuk 6).

b. Grotere emotionele luciditeit

Het is inmiddels wel duidelijk dat emoties voor de kwaliteit van de juridische oordeelsvorming van belang zijn: om de emotionele valkuilen te kunnen vermijden, om de uitkomst van het intuïtieve proces te kunnen duiden en om de emotionele kennis te kunnen benutten, is het nodig dat juristen de emoties die zijzelf beleven kunnen herkennen en begrijpen. Om hun overtuigingskracht te vergroten is het nodig dat zij emotionele overtuigingsmiddelen kunnen hanteren door de emoties van anderen te herkennen en te begrijpen.

91 Zie ook Sunstein & Thaler 2003, 1188-1190; Blumenthal 2007, 54-57; Feigenson 2009, 78-89.

92 Seo & Feldmann-Barrett 2007, 925.

Nussbaum stelt dat juristen kennis over emoties kunnen opdoen of vergroten door literatuur te lezen.

Sympathetic emotion that is tethered to the evidence, institutionally constrained in appropriate ways, and free from reference to one's own situation appears to be not only acceptable but actually essential to public judgment. But it is this sort of emotion of the judicious spectator, that literary works construct in their readers, who learn what it is to have an emotion, not for a 'faceless undifferentiated mass', but for the 'uniquely individual human being'.⁹³

Ik denk dat ze daar gelijk in heeft, maar emotionele luciditeit vereist veel meer dan 'learn what it is to have an emotion', want het vereist ook dat we onze eigen emoties kunnen duiden en dat is nog niet zo gemakkelijk.

Op de eerste plaats omdat we ons de emoties die we beleven bij de oordeelsvorming wel bewust kunnen zijn, maar dit hoeft niet. In navolging van Sartre heb ik gesteld dat iemand zijn emoties meestal irreflexief bewust is, dit wil zeggen dat we een emotionele beleving wel kunnen waarnemen, maar dat onze bewuste aandacht er niet op gericht is. Ik gaf hierbij het voorbeeld van de sollicitant die tijdens het sollicitatiegesprek wordt beledigd, maar zijn verontwaardiging daarover niet opmerkt omdat zijn bewuste aandacht op de inhoud van het gesprek is gericht. Door zijn concentratie op het gesprek was de sollicitant zich tijdens het gesprek van geen enkele irreflexieve gedachte of irreflexief gevoel bewust. Wanneer we de emotie niet bewust beleven, moeten we ons deze eerst bewust worden voordat we deze kunnen herkennen en begrijpen.

Een tweede bemoeilijkende factor is dat emoties – zoals Frijda dat noemt – 'gesloten' zijn. Ze zijn cognitief moeilijk doordringbaar voor de overweging dat de inschatting niet correct is. Leontes was ongevoelig voor de mensen om hem heen die hem vertelden dat zijn jaloezie onterecht was en dat er geen liefdesrelatie bestond tussen Hermione en Polixenes. Deze 'geslotenheid' is echter relatief. Zo kan een emotionele respons gematigd worden.

Elke emotionele impuls roept een secundaire impuls op die ertoe neigt de emotionele impuls te veranderen, uit bezorgdheid voor de mogelijke ongewenste gevolgen ervan.⁹⁴

Deze beheersimpuls is niet zozeer het effect van verstandelijke controle, maar is zelf emotioneel van aard. De regulatie wordt opgeroepen door bijvoorbeeld angst voor afkeuring of angst voor vergelding of angst om op te vallen. Het

93 Nussbaum 1996a, 78.

94 Frijda 2008, 30.

zijn emoties die de respons op de eerdere emotionele impuls beperken. Daarnaast kunnen emoties wel degelijk onderwerp zijn van een leerproces. We leren immers door culturele invloed en door onze opvoeders welke emotie gepast is in bepaalde omstandigheden en welke niet.⁹⁵ We leren de heftigheid en de manier waarop we ze uit te reguleren.⁹⁶ Er is nog een derde regulerend mechanisme en dat is dat de geëmotioneerde zelf de inschatting kan beïnvloeden. Als een situatie op verschillende manieren geïnterpreteerd kan worden heeft de geëmotioneerde de neiging om voor die interpretatie te kiezen die de minst negatieve emotionele last of de grootste emotionele lust geeft. Ik heb al op dit mechanisme gewezen bij de emotionele vuistregels en valkuilen toen ik de invloed van verwachte emoties besprak.⁹⁷ De bewuste omgang met de eigen emoties wordt weliswaar bemoeilijkt door de geslotenheid van emoties en door het feit dat we ons de meeste emoties irreflexief bewust zijn, maar deze bezwaren blijken betrekkelijk te zijn.

Het is dus mogelijk om eigen emotionele beleving te herkennen en te begrijpen en eventueel te corrigeren. Dit vermogen bedoel ik met emotionele luciditeit. Willen juristen de kwaliteit van hun overtuigingskracht en van hun oordelen verbeteren dan moeten ze emotioneel lucide zijn.⁹⁸ Dit vereist dat ze leren wat het effect van hun eigen emoties is op de eigen oordeelsvorming. Dit blijkt afhankelijk te zijn van de intensiteit waarmee de beoordelaar de onmiddellijke emoties beleeft en hoe hij daarmee omgaat. In tegenstelling tot de populaire opvatting dat een koel hoofd de beste beslissingen neemt, blijkt juist degene die gedurende de oordeelsvorming emoties met grotere intensiteit beleeft de beste beslissingen te nemen. In tegenstelling tot de populaire opvatting dat de beslisser de emoties die hij beleeft moet negeren, blijkt dat mensen die in staat zijn om hun emotionele beleving nauwkeurig en gedifferentieerd te benoemen, beter het effect van emoties op hun oordeel kunnen reguleren.⁹⁹ Alleen iemand die zich bewust is van de veranderingen in zijn emotionele beleving kan zich afvragen of hij deze emotie wel aan het juiste object heeft toegeschreven en kan zichzelf corrigeren.¹⁰⁰

Om emotioneel-lucide te worden, zullen juristen meer kennis moeten verkrijgen over de verschillende emoties en hun betekenis, en over de overeenkomsten en verschillen tussen de verschillende emotionele belevingen.

95 Zie ook Scruton 1980, 519-531.

96 Frijda 1998, 17-20.

97 Zie ook Blumenthal 2007, 34-36. Zie hierover H5 §3.2.6.

98 Zie ook Pillsbury 1988/1989, 682.

99 Seo & Feldmann-Barrett 2007, 925-934. Anders Forgas & Ciarrochi 2002. Forgas & Ciarrochi zijn van mening dat er een automatische correctie plaatsvindt.

100 In de psychologie is de laatste decennia het onderzoeksterrein van de emotie-regulatie populaire geworden. Hier bestudeert men hoe een individu de emotie die hij beleeft beïnvloedt, wanneer iemand emoties heeft, en hoe iemand emoties beleeft en uit. Zie voor een overzicht van dit onderzoeksterrein Gross 2007.

Wat zijn bijvoorbeeld overeenkomsten en verschillen tussen een zenuwachtig gevoel en angst, en in welke omstandigheden voel je het een of het ander, en wat zijn mensen geneigd om te doen op basis van de verschillende gevoelens? Alleen als mensen die complexe beslissingen moeten nemen emotioneel-lucide zijn, kunnen ze de noodzakelijke zelfcorrectie toepassen en de kans op emotionele valkuilen verminderen.¹⁰¹ Het lijkt erop dat juristen zonder toespitst onderwijs de invloed van emoties op het juridische oordeel maar moeilijk kunnen corrigeren omdat ze zich onvoldoende bewust zijn van de ongewilde invloeden, onvoldoende gemotiveerd zijn om de valkuilen te voorkomen, zich onvoldoende bewust zijn van omvang en de richting van de valkuilen en niet in staat zijn om respons bij te stellen.¹⁰² De bestaande deskundigheid van de rechter (algemener: van de jurist) is onvolledig.

2.5 *Betrokken oordeelsvorming en de eis van de rechtvaardigheid*

De laatste eis die de rechtzoekenden stellen aan een rechterlijke oordeel is dat dit rechtvaardig is. Dit kan betekenen dat rechtzoekenden vinden dat de oordeelsvorming tot een rechtvaardig resultaat moet leiden of dat de oordeelsvorming op een rechtvaardige manier moet plaatsvinden. In de literatuur worden in grote lijnen drie soorten rechtvaardigheid onderscheiden: verdelende, procedurele en interactionele rechtvaardigheid. Verdelende rechtvaardigheid heeft betrekking op de eerlijkheid van de uitkomst, waarbij als kernwaarden worden genoemd: gelijke verdeling, verdeling naar behoefte. Procedurele rechtvaardigheid heeft betrekking op de methode of de procedure waarlangs de uitkomst is bereikt, hierbij zijn de kernwaarden: gelijke behandeling, inspraak, consistentie. Bij interactionele rechtvaardigheid gaat het om de manier waarop men zich behandeld voelt, kernwaarden zijn respect, gehoord worden, bejegening.

2.5.1 *De relatie tussen emoties en rechtvaardigheid*

Uit de door mij gebruikte emotietheorie volgt dat rechtvaardigheid – of beter gezegd: onrechtvaardigheid en onverschilligheid ten opzichte van onrechtvaardigheid –¹⁰³ tot emoties leidt. In deze theorie is er immers sprake van een emotie als de waarden of de belangen van de geëmotioneerde op het spel staan. Wanneer ervaren de rechtzoekenden het oordeel als onrechtvaardig? Als deze de uitkomst, de procedure of de interactie als (on)eerlijk ervaart. Dit effect wordt bevestigd door psychologisch onderzoek:¹⁰⁴ een positieve uit-

101 Blumenthal 2007, 55-57.

102 Feigenson & Park 2006, 156.

103 Shklar 1990.

104 Zie voor een overzicht van psychologisch onderzoek naar de relatie tussen rechtvaardigheid en emoties de bundel van Cremer 2007.

komst van een procedure leidt tot positieve emoties;¹⁰⁵ een oneerlijke procedure leidt bij een negatieve uitkomst tot boosheid en bij een positieve uitkomst tot gevoelens van schuld en wanneer de interactie als oneerlijk wordt ervaren leidt dit tot gevoelens van boosheid die heftiger zijn dan bij andere vormen van onrechtvaardigheid.¹⁰⁶

Uit de emotietheorie volgt niet alleen dat onrechtvaardigheid tot een emotie leidt, maar ook het omgekeerde. De emotie die een subject beleeft, beïnvloedt de perceptie van rechtvaardigheid, omdat emoties bepalen hoe iemand de wereld beleeft. De vraag of een subject een uitkomst, procedure of interactie als rechtvaardig ervaart is afhankelijk van diens emotionele staat. Een negatieve emotie doet onrechtvaardigheid vermoeden: 'ik voel me slecht, dus er zal wel iets vervelends gebeurd zijn'.¹⁰⁷ Dit effect heeft gevolgen voor het rechtvaardigheidsoordeel van de rechtzoekenden. Tijdens een juridische procedure zullen de rechtzoekenden zich immers onzeker en gespannen voelen waardoor ze de uitkomst, de procedure of de interactie eerder als onrechtvaardig zullen ervaren. Willen de rechtzoekenden positief oordelen over de rechtspraak en de rechter dan moet in ieder geval de procedure zo correct mogelijk verlopen.

Als laatste volgt uit de door mij gehanteerde emotietheorie dat emoties een epistemologische functie vervullen, dus informatie opleveren. Dit is ook het geval bij rechtvaardigheid. De eigen emotie en de emoties van anderen kunnen informatie opleveren die de beoordelaar gebruikt voor eigen rechtvaardigheidsoordeel. Dat de eigen emotie als signaal fungeert voor de perceptie van rechtvaardigheid (het rechtsgevoel) heb ik in Hoofdstuk 5 §2.2 besproken, dat de eigen rechtvaardigheidsoordelen worden beïnvloed door de emoties van anderen blijkt uit psychologisch onderzoek. Zo is er onderzoek gedaan naar het effect van het slachtoffersprekrecht, waaruit blijkt dat de emoties van het slachtoffer van invloed zijn op de straf die de dader wordt opgelegd.¹⁰⁸ Van Knippenberg en De Cremer geven een ander voorbeeld. Zij wijzen op onderzoek in werksituaties waarin de boosheid van één van de werknemers andere – aanvankelijk onaangedane – werknemers ervan overtuigt dat het optreden van de leidinggevende onrechtvaardig is. De emoties van de een dienen als hulpmiddel voor de ander om te bepalen of iets al dan niet rechtvaardig is.¹⁰⁹

Dit alles toont aan dat emoties op verschillende manieren van invloed zijn op rechtvaardigheidsoordelen, maar om te kunnen bepalen of *betrokken oordeelsvorming* de rechtvaardigheid van het oordeel vermindert of bevordert, zal

105 Weiss e.a. 1999.

106 Gonzalez & Tyler 2007.

107 Knippenberg & Cremer 2007, 346.

108 Nadler & Rose 2003.

109 Knippenberg & Cremer 2007, 347-348.

ik nagaan welke eisen de rechtvaardigheid aan het oordeel stelt en vervolgens bepalen of *betrokken oordeelsvorming* een bedreiging vormt voor deze eisen.

2.5.2 *De relatie tussen betrokken oordeelsvorming en drie soorten rechtvaardigheid*

Wat is de invloed van het feit dat de rechter zijn oordeelsvorming laat beïnvloeden door emoties op de rechtvaardigheid van zijn oordeel?

a. Verdelende rechtvaardigheid

Wat betreft de rechtvaardigheid van de uitkomst sluit ik me aan bij de analyse van Loth dat deze verschillende dimensies kent. Een rechtvaardige beslissing kan eisen dat de beslissing is toegesneden op de omstandigheden van het geval, dat de beslissing in overeenstemming is met morele overwegingen en dat de beslissing wenselijke consequenties heeft ofwel in overeenstemming is met politieke overwegingen. Elk van deze dimensies kent gevaren: wordt er alleen gekeken naar de omstandigheden van het geval dan staat de rechtszekerheid onder druk, wordt te veel de nadruk gelegd op de morele dimensie dan velt de rechter een moreel oordeel en spreekt hij geen recht, wordt te veel de nadruk gelegd op de maatschappelijke consequenties en de doelmatigheid van de uitspraak dan bedrijft de rechter politiek in plaats van rechtspraak. Loth stelt dat er alleen sprake kan zijn van rechtvaardigheid als de rechter het recht zowel in verband brengt met de feitelijke, als met de morele en maatschappelijke context waarin het toegepast moet worden.¹¹⁰

De vraag is dan in hoeverre *betrokken oordeelsvorming* invloed heeft op de manier waarop de rechter deze verschillende dimensies weegt. Dat is duidelijk het geval. Van *betrokken oordeelsvorming* is sprake als de rechter zijn emotionele kennis bij de oordeelsvorming betreft. Emotionele kennis ontstaat door de emotionele situaties die iemand in het verleden heeft beleefd en wordt geactiveerd door (gedeeltelijke) herbeleving. *Betrokken oordeelsvorming* en emotionele beleving zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden, en emoties zijn gekoppeld aan dat wat de geëmotioneerde van waarde acht. Het is onvermijdelijk dat deze persoonlijke waarden van invloed zijn op de uitspraken die een rechter doet, zoals Hogarth heeft aangetoond en ik hierboven – met een beroep op Frijda – al op verschillende plaatsen verder heb uitgewerkt.¹¹¹ Dit is geen probleem onder dezelfde voorwaarde die ik eerder hanteerde bij de subjectiviteit en de onpartijdigheid van de rechterlijke oordeelsvorming. Het is niet erg dát de rechter eigen waarden en belangen hanteert, maar het moeten belangen en waarden zijn die voortvloeien uit de zaak en de daarmee samenhangende taak. Rechterlijke emoties kunnen daarbij een epistemologische

¹¹⁰ Loth 2010.

¹¹¹ Hogarth 1971, 147-165. Zie H5 §3.2 en hierboven §3.2. Zie ook Frijda 2008, 141-175.

rol vervullen en aangeven welke waarden en belangen bij het te beoordelen geval betrokken zijn.

De conclusie dat bij het rechterlijk oordeel de persoonlijke waarden van de rechter een rol spelen, is niet nieuw. Scholten wees er al op dat elke rechterlijke beslissing uiteindelijk een gewetensbeslissing is, en dus persoonlijk van aard. Toch levert dit volgens Scholten geen willekeur op omdat de rechter aan het recht gebonden is.¹¹² Ingelse stelt als ervaringsdeskundige in een recent artikel het beeld van de ‘onpersoonlijk’ opererende rechter aan de kaak. Dit beeld klopt niet, volgens Ingelse: persoonlijke invloed is onvermijdelijk, en toch is – ook hij – niet bang voor willekeur:

... de rechter heeft agenda noch boodschap, wel kompas en koers. Het behandelen en beslissen van de zaak moet hij niettemin doen met zijn persoon: deze is daarvoor zijn belangrijkste *tool*.¹¹³

Dus eigenlijk zou je kunnen stellen dat de *betrokken oordeelsvorming* de rechtvaardigheid van de uitspraak wel degelijk beïnvloedt, maar dat de niet-betrokken oordeelsvorming dit ook doet, omdat de invloed van de persoon van de rechter onvermijdelijk is. Het is nu eenmaal deze specifieke persoon die de beslissing neemt. Een persoon kan zijn persoonlijke geschiedenis en de waarden en belangen die daaruit voortvloeien niet als een jas aan de kapstok hangen, om vervolgens zijn toga aan te trekken en dan alleen nog maar afstandelijke beslissingen te nemen. Voor het overige verwijs ik naar §2.1 waarin ik de bezwaren tegen subjectieve oordeelsvorming heb gerelativeerd en het standpunt heb ingenomen dat subjectieve oordeelsvorming beter is dan objectieve.

b. Procedurele rechtvaardigheid

Ondanks het feit dat een rechterlijke beslissing voor iemand ongunstig is uitgevallen, kan de rechtzoekende de kwaliteit van het rechterlijke oordeel toch positief waarderen. Dit is afhankelijk van de vraag of zij vindt dat de procedure rechtvaardig is verlopen.¹¹⁴ Het blijkt dat mensen de rechtvaardigheid van de procedure belangrijker vinden dan de rechtvaardigheid van de oplossing.¹¹⁵ Het ideaal van de procedurele rechtvaardigheid omvat: gelijke behandeling, de mogelijkheid voor de betrokkenen om het eigen verhaal te (laten) vertellen en een conflictoplosser die onbevooroordeeld is, de juiste informatie gebruikt en goed voorbereid is.¹¹⁶ Dit ideaal is uitgewerkt in de beginselen

112 Scholten (1931)1974, 129-135.

113 Ingelse 2010, 1964.

114 Rawls 1971; Thibaut & Walker 1975.

115 Lind & Tyler 1988, 65-71.

116 Tyler 1988; Klaming & Bethlehem 2007, 120-122.

van procesrecht, waarvan de bekendste zijn neergelegd in artikel 6 EVRM: onafhankelijkheid en onpartijdigheid, redelijke termijn, hoor en wederhoor, openbare behandeling, motivering, gelijkwaardigheid van partijen en recht op rechtsbijstand. Bij de *betrokken oordeelsvorming* zijn de persoonlijke waarden, en de emotionele kennis van de rechter betrokken. In dit persoonlijke waardepakket is de beroepsethiek opgenomen, de meeste rechters zullen de in artikel 6 EVRM opgesomde waarden als onderdeel van hun eigen waarden zien, zodat deze deel uitmaken van de *betrokken oordeelsvorming* omdat dit de norm stelt dat alleen passende belangen en emoties van invloed mogen zijn. Van de procesbeginselen kunnen alleen de onpartijdigheid van de rechter en de wijze van motiveren onder druk komen te staan door *betrokken oordeelsvorming*. Het verband tussen *betrokken oordeelsvorming* en de onpartijdigheid van de rechter heb ik §2.3 al besproken en de relatie tussen passende emoties en de motivering komt in Hoofdstuk 7 nog aan bod.

Wanneer een rechter een irritante partij of pleiter minder aan het woord laat dan de wederpartij dan laat hij een emotie uit incidentele bron de oordeelsvorming beïnvloeden. Een rechter die zijn emoties van invloed laat zijn op de gelijkwaardigheid van partijen en op de manier waarop hij hoor en wederhoor toepast, is niet onpartijdig en laat (incidentele) emoties meespelen die niet passend zijn, waardoor de procedure onrechtvaardig is.

c. *Interactionele rechtvaardigheid*

Onder interactionele rechtvaardigheid vat men respectvolle behandeling, erkenning van de status van betrokkene als waardevol lid van de maatschappij en de hoeveelheid en de kwaliteit van de informatie die de betrokkenen hebben ontvangen over de procedure en de afloop.¹¹⁷ Bij deze vorm van rechtvaardigheid is het gedrag van de geschiloplosser tijdens de procedure bepalend voor de vraag of het oordeel rechtvaardig is of niet. Van der Linden e.a. onderzochten de interacties die plaatsvonden tijdens 150 comparities. Uit dit onderzoek volgt dat de rechter niet te veel moet interrumperen omdat betrokkenen dan de indruk krijgen hun verhaal niet kwijt te kunnen (procedurele rechtvaardigheid) ofwel niet met respect behandeld te worden (interactionele rechtvaardigheid). Ook blijkt dat voor het oordeel of de procedure (of de comparitie) rechtvaardig is verlopen nog twee zaken belangrijk zijn, namelijk de deskundigheid van de rechter en de bejegening tijdens (en rond) de zitting. Het verband tussen betrokken oordeelsvorming en deskundigheid heb ik in §2.4 besproken, maar het verband met de bejegening is nog niet eerder aan de orde gesteld.

Bij *betrokken oordeelsvorming* gebruikt de rechter zijn emotionele kennis waardoor hij beter in staat is om zich emotioneel en cognitief in een ander

¹¹⁷ Bies & Moag 1986; Klaming & Bethlehem 2007, 120-122; Linden e.a. 2009, 35-41.

in te leven. De bejegening van een empathische rechter zal hoger scoren. Bij empathie gaat het erom dat iemand zich zo inleeft in de situatie van een ander dat hij niet alleen bedenkt hoe de wereld er voor een ander uitziet, maar ook ervaart hoe die voor de ander aanvoelt. Dit kan alleen als degene die zich inleeft een in een vergelijkbare situatie eerder ervaren emotie herbeleeft.¹¹⁸ *Betrokken oordeelsvorming* bevordert het inlevingsvermogen, omdat de emotionele kennis inzicht biedt in de waarden en de belangen die voor alle betrokkenen in het geding zijn (normatieve kennis) en biedt inzicht in de emoties die voor betrokkenen spelen (empathische kennis), waardoor de rechter het gedrag van betrokkenen beter kan begrijpen. Hierdoor is de empathische kennis voor de rechterlijke oordeelsvorming vooral van belang bij het inwinnen van informatie en de bejegening van partijen op de zitting en bij de interpretatie van de feiten en de motieven van partijen.

De rechtvaardigheid maakt deel uit van het waardepakket van de rechter en is als zodanig onlosmakelijk verbonden met de *betrokken oordeelsvorming*. *Betrokken oordeelsvorming* zal de mening van de rechtzoekende over de bejegening verbeteren en zodoende een gunstig effect hebben op de door de rechtzoekende ervaren interactionele rechtvaardigheid.¹¹⁹

3. Beantwoording van de tweede deelvraag is nu mogelijk: voorwaarden voor het gebruik van emoties

In tegenstelling tot de gangbare opvatting kunnen we concluderen dat emotionele, subjectieve, persoonlijke (*betrokken*) oordeelsvorming tot een versterking van de kwaliteit van het rechterlijk oordeel leidt. De reden voor deze conclusie is dat de rechter door *betrokken oordeelsvorming* een persoonlijke, maar passende maatstaf blijkt te hebben, die hij uit eigen ervaring kent en die hem houvast biedt bij het nemen van een complexe, onzekere beslissing. Hierdoor wordt het gevaar van manipulatie en de gevoeligheid voor oneigenlijke argumenten kleiner. Gevoegd bij het gegeven dat het gebruik van emotionele kennis de oordeelsvorming verrijkt, kunnen we spreken van een positief effect. In het vorige hoofdstuk zijn negatieve effecten besproken (emotionele vuistregels en valkuilen en de invloed van de gemoedstoestand op de zorgvuldigheid van de informatieverwerking), zodat we kunnen concluderen dat rechterlijke emoties positieve en negatieve effecten op de oordeelsvorming kunnen hebben. Emoties mogen van invloed zijn, wanneer de positieve effecten van de emotionele beleving opweegt tegen de negatieve effecten, waardoor de rechterlijke emoties de kwaliteit van de oordeelsvorming niet benadelen.

¹¹⁸ Zie ook Barnes & Thagard 1997; Niedenthal e.a. 2009.

¹¹⁹ Pieters 2010, 199-200.

Wegen de positieve effecten op tegen de negatieve? Dat is moeilijk te zeggen, een feit is dat de positieve effecten van voelend denken altijd aanwezig zijn en dat de negatieve effecten te redresseren zijn. Rechters blijken weliswaar net als andere beoordelaars gebruik te maken van vuistregels. Er bestaan cognitieve en emotionele vuistregels. Vuistregels helpen de beoordelaar bij de oordeelsvorming, maar kunnen valkuilen worden. Maar, dit gevaar is bij cognitieve vuistregels minstens zo groot als bij emotionele vuistregels en daaruit wordt niet de conclusie getrokken dat cognities de oordeelsvorming niet mogen beïnvloeden. Bovendien blijkt het gevaar van valkuilen kleiner te zijn als de beoordelaar zich meer bewust is van zijn emotionele toestand. Daarom bepleit is dat in de opleiding van juristen meer aandacht besteed wordt aan hun oordeelskundigheid. Dit houdt onder meer in dat ze kennis over de oordeelsfase zouden moeten hebben en een grotere emotionele luciditeit. Een ander nadelig effect van emoties op de oordeelsvorming is indirect, namelijk via de informatieverwerving en -verwerking. Deze zouden meer of minder systematisch en diepgaand kunnen zijn naarmate de emotie een gevoel van respectievelijk onzekerheid of van zekerheid bevat. Het is nog niet empirisch onderzocht of dit effect zich ook bij professionele beoordelaars, zoals rechters, voordoet. Al bij al lijken de positieve effecten op te wegen tegen de negatieve op voorwaarde dat de oordeelskundigheid van juristen wordt bevorderd.

Hoe zit het met de invloed van emotionele rechterlijke oordeelsvorming op de kwaliteitseisen die de rechtzoekenden stellen, kunnen daar nog voorwaarden aan worden ontleend? Rechtzoekenden eisen dat een rechterlijk oordeel objectief, deskundig, rechtvaardig en goed gemotiveerd is. Deze laatste eis bespreek ik in Hoofdstuk 7. *Betrokken oordeelsvorming* blijkt: (i) de onpartijdigheid van de rechter niet in gevaar te brengen omdat de rechter geen belangen laat meewegen die én persoonlijk zijn én buiten de zaak, de taak en het doel van de oordeelsvorming staan, omdat hij deze als niet-passend buiten de *betrokken oordeelsvorming* moet houden; (ii) de deskundigheid van het oordeel niet te benadelen omdat de rechter – of algemener: de jurist – hoe dan ook geschoold moet worden op het terrein van de oordeelskundigheid en zijn emotionele luciditeit moet vergroten; (iii) *betrokken oordeelsvorming* is van invloed op de beleving van rechtvaardigheid omdat het ontstaan van emotie verbonden is met de waarden en de belangen van de rechter. Rechterlijke emoties ontstaan dan door het oordeel of een situatie rechtvaardig is. Dit oordeel kan op drie aspecten van rechtvaardigheid betrekking hebben: verdelende rechtvaardigheid heeft betrekking op de uitkomst, procedurele rechtvaardigheid op de procedure die gevolgd is om tot deze uitkomst te komen en interactionele rechtvaardigheid op de bejegening. Bij elk van deze soorten rechtvaardigheidsoordelen zijn emoties van belang, omdat oordelen een proces is waarbij de persoon van de beslisser betrokken is, waardoor

zijn waarden onvermijdelijk van invloed zijn (zie Hoofdstuk 5). Bij *betrokken oordeelsvorming* maakt de rechter gebruik van emotionele kennis die inzicht biedt in de waarden en de belangen die voor alle betrokkenen in het geding zijn (normatieve kennis) en inzicht biedt in de emoties die voor betrokkenen spelen (empathische kennis), waardoor de rechter het gedrag van betrokkenen beter kan begrijpen. Daardoor kan de *betrokkenheid* van de rechter alleen een gunstig effect hebben op de interactionele rechtvaardigheid omdat het gedrag van de rechter en de manier waarop hij de rechtzoekende bejegt, wordt verrijkt door de betrokkenheid. Een betrokken rechter zal zich immers beter kunnen verplaatsen in de leefwereld en beleving van de rechtzoekenden.

Concluderend blijken de gevaren van de invloed van rechterlijke emoties op de oordeelsvorming niet groot te zijn en wegen de positieve effecten daar ruimschoots tegenop. Een belangrijke voorwaarde – dat de emoties passend zijn – is als normatief aspect in het begrip *betrokken oordeelsvorming* opgenomen en de tweede voorwaarde – dat de oordeelskundigheid van juristen wordt bevorderd – geldt hoe dan ook voor elke vorm van juridische oordeelsvorming.

Klassieke adviezen voor de moderne praktijk

Waarin de klassieke adviezen met betrekking tot emotionele overtuigingsmiddelen geschikt worden gemaakt voor het gebruik in de moderne rechtspleging.

1. Algemene adviezen voor het gebruik van emotionele overtuigingsmiddelen

1.1 *Het gebruik van emotionele overtuigingsmiddelen door pleiter en rechter*

Emoties bevorderen de overtuigingskracht wanneer ze – onder de hiervoor uitgewerkte voorwaarden – de oordeelsvorming beïnvloeden, door de toehoorder aan te zetten tot een *betrokken oordeelsvorming* en tot het gebruik van zijn emotionele kennis. In Hoofdstuk 3 heb ik beschreven welke functies de verschillende overtuigingsmiddelen volgens de klassieke schrijvers in een betoog vervullen en hoe de onderlinge verhouding tussen de overtuigingsmiddelen is.¹ Ik heb daar geconcludeerd dat er eigenlijk twee overtuigingsmiddelen zijn: rationele en emotionele. Het emotionele overtuigingsmiddel doet zich in twee vormen voor: ethos en pathos. Ethos en pathos kunnen onder één noemer gebracht worden omdat ze beide proberen de emoties van de toeschouwer te bespelen: ethos heeft tot doel bij de toehoorder vertrouwen te wekken in de spreker, terwijl pathos tot doel heeft om de toehoorder in een dergelijke stemming te brengen dat hij wil luisteren en tot een goede oplossing wil komen. Maar, ik heb nog niet beschreven hoe ze volgens de klassieke retorici gebruikt moeten worden.

De klassieke adviezen voor het gebruik van emotionele middelen gaan voor moderne begrippen vaak veel te ver. Van Quintilianus mag de pleiter de rechter aan het huilen brengen, de pleiter mag smeken en op zijn knieën zinken, hij mag de rol van de cliënt spelen, hij mag de verdachte vervuild en in vossen gekleed op laten draven, hij mag ‘bebloede zwaarden tonen, uit wonden afkomstige botsplinters en met bloed doordrenkte kleren’, hij mag ‘wonden zonder verband’ en ‘striemen op ontblote lichamen’ laten zien.² Dit is wel wat heftig voor de gemiddelde Nederlandse rechtszaal. In de moderne

¹ §2.

² Quintilianus (ong. 95) 2001, VI.1:21-36.

retorica overheerst de opvatting dat retorische overtuigingsmiddelen niet als zodanig herkenbaar moeten zijn, of zoals Perelman stelt: ‘Wanneer ze daarentegen volledig effectief zijn, schijnt de betreffende uitdrukkingwijze zo aangepast aan de situatie dat ze nog niet eens als figuur wordt opgemerkt.’³

De klassieke adviezen gelden voor de pleiter en voor de procesrede, dus voor de mondelinge taaluiting. Quintilianus bestrijdt deze beperkte opvatting en spreekt wat neerbuigend over de ‘geleerden die hebben gemeend dat spreken echt iets anders is dan schrijven ...’. De retorica is volgens Quintilianus zowel voor het spreken als voor het schrijven van belang.⁴ Ik zou het toepassingsbereik nog groter willen maken door de retorische adviezen ook te betrekken op de motivering van het rechterlijk oordeel. Niet voor niets heb ik de motivering in Hoofdstuk 5 §2.2 tot de retorische fase van het rechterlijke oordelen bestempeld. De rechter probeert immers zijn beslissing in de motivering aanvaardbaar te maken voor zijn publiek, of – anders gezegd – hij probeert zijn publiek te overtuigen van de kwaliteit van de beslissing. Ook de overtuigingskracht van de rechter zou wel eens gebaat kunnen zijn bij een meer retorische motivering.

Op basis van de retorische hoofdregel zou de rechterlijke motivering toegesneden moeten worden op de rechtzoekenden – partijen en het grote publiek – terwijl nu voornamelijk het juridische publiek wordt bediend. Dat de rechtzoekenden hechten aan een goede motivering blijkt uit de kwaliteitseisen die de rechtzoekenden aan het rechterswerk stellen. Zij eisen niet alleen een objectieve en deskundige oordeelsvorming, maar ook een goed gemotiveerd oordeel. Mijn standpunt zal zijn dat de rechter voor een goede motivering gebruik moet maken van rationele én emotionele overtuigingsmiddelen.

Op basis van de klassieke schrijvers zal in dit hoofdstuk een aantal adviezen geformuleerd worden die bruikbaar zijn in de moderne rechtspraak.⁵ Deze hebben zowel betrekking op de pleiter als de rechter (§1) of zijn toegesneden op de rol van de pleiter (§2) of op die van de rechter (§3).

1.2 Algemene adviezen

De algemene adviezen gelden voor pleiters en rechters en voor de emotionele overtuigingsmiddelen in het algemeen. Ze zijn afgeleid van de klassieke auteurs en sluiten aan bij de bevindingen in de voorgaande hoofdstukken.

3 Perelman (1976)1979, 162.

4 Quintilianus (ong. 95) 2001, XII.10:49-57.

5 Hierbij heb ik onder meer gebruikgemaakt van Carey 1996; Smith 2002; Katula 2003; Frost 2005.

1.2.1 *Juristen moeten kennis van de retorica hebben*

Er is een belangrijke reden voor het aloude advies dat juristen kennis moeten hebben van de retorica. Net als het gebruik van emoties bij het rechterlijk oordeel tot angst voor willekeur leidt, zo wordt ook het gebruik van de retorica geassocieerd met manipulatie. Cicero liet Crassus al zeggen dat de macht van het woord de macht om te manipuleren impliceert:

Voor mij bestaat er eigenlijk geen grotere prestatie (...) dan de kunst om mensen als spreker te boeien, ze voor zich te winnen en ze te beïnvloeden in elke gewenste richting (...) Wat getuigt van zoveel macht en luister als het feit dat een roerige massa, scrupuleuze rechters en waardige senatoren door de woorden van één enkele man tot andere gedachten worden gebracht? (...) Wat is zó onontbeerlijk als steeds de wapens in handen te hebben waarmee men zichzelf kan beschermen, schurken ter verantwoording kan roepen of wraak kan nemen als men wordt aangevallen?⁶

De macht van het woord is een veelzijdig wapen dat goed en slecht kan worden gebruikt. Dat ligt, volgens Aristoteles niet aan de retorica maar aan de gebruikers.

Betoogt iemand dat degene die deze macht van het woord misbruikt grote schade kan aanrichten: dat is een gemeenschappelijk kenmerk van alle goede dingen behalve voortreffelijkheid van karakter, en het is bij uitstek van toepassing op die waar de mens het grootste nut van ondervindt, zoals lichaamskracht, gezondheid, rijkdom en strategische gaven. Dit zijn de goede dingen die rechtmatig gebruikt de grootste weldaden bewijzen en onrechtmatig gebruikt de grootste schade berokkenen.⁷

Het feit dat goede dingen kunnen worden misbruikt, betekent dat we meer aandacht moeten besteden aan de training van de mensen die de retorica gebruiken. Deze constatering heeft in de retoricatraditie geleid tot een pleidooi voor een brede vorming van pleiters. Een voorbeeld van zo'n pleidooi is te vinden bij Cicero.

In de proloog van *De ideale redenaar* richt Cicero zich tot zijn broer Quintus die hem heeft gestimuleerd om een gedegen werk over de redenaarskunst te schrijven.⁸ Cicero refereert hier aan een verschil van opvatting tussen de broers over de kennis die een goede redenaar moet hebben. Cicero stelt dat 'de welsprekendheid gebaseerd is op de ideeën van de knapste denkers, terwijl Quintus vindt dat redenaars niet cultureel gevormd hoeven te zijn

6 Cicero (55 vC) 2004, 1:30-33.

7 Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1355a:29-34 en 1355b:1-8.

8 In tegenstelling tot zijn jeugdwerk *De Inventione*.

maar ‘natuurlijke aanleg en praktische oefening’ moeten hebben. Dit verschil van mening laat Cicero in *De oratore* vervolgens uitvechten door Crassus en Antonius. Crassus bestrijdt de gangbare opvatting dat de retor zich enkel met de vorm en de presentatie van het betoog hoeft bezig te houden, omdat de vakspecialist wel voor de inhoud zorgt. In zijn ogen moet de retor juist een zeer brede kennis hebben.

Eén ding zullen goede sprekers zeker als eigen kenmerk aandragen: een welgeordende en fraaie spreektrant die zich onderscheidt door kunstvaardigheid en zorgvuldige afwerking. Evenwel als de spreekwijze niet berust op de stof die door de redenaar beheerst wordt, blijft ze nergens en wordt ze mikpunt van algemene hoon. Wat is immers zo onzinnig als de holle klank van woorden, hoe edel en fraai ook, waaraan geen gedachtengang of kennis van zaken ten grondslag ligt?⁹

Volgens Crassus moet een redenaar aanleg hebben, over retorische vakken kennis beschikken, veel oefening hebben gehad en een brede, filosofische en wetenschappelijke kennis hebben.

Antonius is het gedeeltelijk met Crassus eens, maar bestrijdt diens opvatting dat de retor filosofisch geschoold moet zijn:

Welke grote en indrukwekkende redenaar heeft immers ooit, wanneer hij de rechter woedend wilde maken op zijn tegenstander, gearzeld omdat hij niet wist, wat woede nu precies was: een ‘gemoedsopwelling’ of ‘het verlangen om krenking te wreken’? Wie heeft, wanneer hij door zijn woorden andere emoties bij de rechters of het volk wilde opwekken, zijn toevlucht genomen tot uitspraken van filosofen?¹⁰

Antonius spreekt nogal denigrerend over het nut van filosofische kennis voor een redenaar. Voor een redenaar zijn volgens hem andere kwaliteiten van belang:

Maar wij zoeken iets anders, Crassus, iets heel anders! Wij hebben behoefte aan een intelligente man, wijs van nature en door ervaring, met speurzin voor de gedachten, gevoelens, meningen en verwachtingen van zijn medeburgers en van al diegenen die hij door zijn woorden wil overreden. Hij dient de hartslag te kunnen voelen van alle leeftijden, alle rangen en standen (...).¹¹

9 Cicero (55 vC) 2004, 1:50.

10 Cicero (55 vC) 2004, 1:220.

11 Cicero (55 vC) 2004, 1:223.

Het standpunt van Antonius is dat een retor niet zozeer filosofische en brede wetenschappelijke kennis hoeft te hebben, maar dat hij emotioneel betrokken moet zijn.

Aan het begin van het tweede gesprek, na een uitgebreide discussie in het eerste gesprek, stelt Antonius een synthese voor. De tegenvoetters worden het erover eens dat de ideale redenaar fraai moet kunnen spreken over elk willekeurig onderwerp en dat hij zijn spreektrant moet kunnen afstemmen op de gevoelens en de gedachten van de toehoorders. Daarvoor is het misschien niet nodig dat de ideale redenaar een filosoof is, maar wel dat hij over een brede ontwikkeling beschikt en in ieder geval kennis heeft van verschillende disciplines zoals ethiek, psychologie, recht en politicologie. Verder is van belang dat hij veel retorische oefening heeft gehad en ervaring heeft,¹² maar bovenal dat hij in staat is om zich in te leven in de zaak, in de betrokkenen en in de toehoorder.¹³

Wanneer we de opvatting van Cicero¹⁴ als uitgangspunt zouden nemen, dan ontbreekt er nog heel wat aan de huidige opleiding van juristen. Wat in ieder geval wel blijkt is dat de noodzaak bestaat tot meer retoricaonderwijs omdat alleen dan alle deelnemers gelijkwaardige kennis van de overtuigingsmiddelen hebben, zodat zij elkaars strategie kunnen doorzien. Alleen dan kan een retorische situatie ontstaan waarin willekeur kan worden voorkomen.¹⁵

1.2.2 Gerichtheid op de toehoorder

Onmiddellijke emoties kunnen een rol spelen bij de oordeelsvorming. Dit betekent niet per se dat de emotionerende gebeurtenis zich tijdens de oordeelsvorming moet afspelen, maar wel dat de beslisser de emoties dan moet beleven. De pleiter kan daartoe in alle contacten die hij met de rechter heeft, gebruikmaken van de mogelijkheden die de emotionele overtuigingsmiddelen bieden om de rechter te emotioneren en zodoende een *betrokken oordeelsvorming* te bereiken.¹⁶ Hier ligt het belang van de emotionele overtuigingsmiddelen: de rechter zo ver krijgen dat hij bij de kwestie betrokken wordt, wil luisteren en zijn emotionele kennis wil gebruiken.¹⁷

Hoe de rechter tot *betrokken oordeelsvorming* gebracht kan worden, is voor een gedeelte te vinden in de retorische adviezen voor het gebruik van de emotionele overtuigingsmiddelen, en voor het overige afhankelijk van de toehoorder en de context. De hoofdregel van de retorica, is dan ook dat een

12 Cicero (55 vC) 2004, 2:74-98.

13 Cicero (55 vC) 2004, 2:194-197, 204.

14 Cicero (55 vC) 2004, 1:113-159.

15 Zie H6 §3.1 en Witteveen 1988, 137-138, 146-147.

16 De retorica is immers gebaseerd op vertrouwen in het oordeelsvermogen van de toehoorder op voorwaarde dat deze betrokken is: zie bijvoorbeeld Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1355a:14-18, 1391b:7-20, 1420b:2-5; Garsten 2006, 36.

17 Quintilianus (ong. 95) 2001, VI.1:2-7.

pleiter zijn pleidooi afstemt op het publiek. Afstemming is alleen mogelijk als de pleiter zijn publiek kent. In Amerika wordt deze regel voornamelijk gerealiseerd door veel aandacht te besteden aan de selectie van de juryleden. Het is een apart specialisme voor psychologen om juristen te adviseren bij deze selectie. Daarnaast wordt de Amerikaanse advocaat geadviseerd de achtergrond van de professionele rechter door te lichten. Hoe gedraagt deze zich tijdens de procedure en hoe heeft hij eerdere uitspraken in vergelijkbare gevallen gewezen.¹⁸

In Nederland is het de vraag of deze opvatting van het klassieke advies bruikbaar is. Bij alleensprekende rechters zou het misschien nog kunnen – al blijkt dat het ook daar weinig gebeurt¹⁹ – maar bij zaken met meerdere rechters is er een gezamenlijke uitspraak; moet de achtergrond van alle zittende rechters dan doorgelicht worden? Bovendien is sinds 1 september 2008 de procureurstelling afgeschaft. Dit betekent dat een advocaat niet meer op de rol van een rechtbank hoeft te staan om daar te kunnen procederen. In de civiele praktijk zal de advocaat dus net als de strafpleiter bij verschillende rechters in verschillende arrondissementen pleiten. Om een zaak bij de griffie van de bevoegde instantie aan te melden zal er in de toekomst meer gebruikgemaakt worden van internet. Eventuele manipulaties bij de griffie om voor een zaak een bepaalde rechter te krijgen, zullen dus steeds moeilijker worden. Toch blijkt uit onderzoek van Malsch dat sommige advocaten zich wel degelijk oriënteren op de persoon van de rechter. Malsch onderzocht hoe advocaten de straftoemtingsbeslissing van de rechter voorspellen. Advocaten die rekening hielden met de persoon van de (voorzittende) rechter voorspelden de strafbeslissing beter dan de advocaten die dat niet deden. Vooral strafadvocaten die zich gespecialiseerd hadden en regelmatig voor de meervoudige kamer procedureerden bleken rekening te kunnen houden met de persoon van de rechter. Zij hielden bijvoorbeeld rekening met het feit dat deze voorzitter gevoelig is voor verzachtende persoonlijke omstandigheden van de verdachte en sneden dan hun pleidooi hierop toe.²⁰ Dit soort kennis over de persoon van de rechter is echter moeilijk te achterhalen en kan alleen door praktijkvoering of via collega's worden opgedaan.

Het aloude advies dat de pleiter zijn publiek moet kennen kan ook anders geïnterpreteerd worden. Het gaat dan niet om de persoon van de individuele rechter, maar om de rollen die betrokkenen bij de rechtspraak hebben en de verwachtingen die men over en weer van elkaar heeft. Een pleiter zal moeten weten wat de toehoorder (de rechter, zijn cliënt, het OM) van hem verwacht. Deze algemene verwachtingen van het publiek kan de pleiter als fundament voor zijn pleidooi gebruiken en kan hij als leidraad gebruiken voor de manier

18 Frost 2005, 70-72.

19 Ippel & Heeger-Herrter 2006.

20 Malsch 2002, 792, 796.

waarop hij de (emotionele) overtuigingsmiddelen zal inzetten. Een voorbeeld van dit soort verwachtingen is de proportionaliteitseis. We blijken verwachtingen te hebben over de intensiteit van de emoties die een slachtoffer of een getuige van geweld heeft. Als niet aan deze verwachtingen wordt voldaan heeft dit gevolgen voor de waardering van het slachtoffer, de getuige.

Er is nog een manier waarop dit advies geïnterpreteerd kan worden: een pleiter zal de emotionele reactie van de rechter moeten peilen op het moment dat deze zich afspeelt. Ook dit is een klassiek advies, want is terug te vinden bij Quintilianus die ervoor naar Cicero verwijst.

Het is immers van zeer groot belang op welke manier de rechter zich op de redevoering instelt, en 'vaak is zijn gezicht zelf de stuurman van de spreker', zoals Cicero uitlegt. Daarom moet je de nadruk leggen op datgene waarvan je ziet dat het aanslaat, en meteen afstappen van wat niet in de smaak valt.²¹

Ook om deze reden is verbetering van de emotionele luciditeit van juristen nodig, ik wees hier in het vorige hoofdstuk ook al op. De pleiter zal namelijk snel emotionele informatie (empathische functie van emoties) moeten kunnen verwerken. Het gezicht van de rechter kan alleen als 'stuurman van de pleiter' fungeren wanneer de pleiter bij een mondeling pleidooi vrijer van papier zal pleiten. Niet alleen zal dit de levendigheid vergroten, maar vooral geeft dit de pleiter de mogelijkheid om het effect van zijn woorden te zien.

1.2.3 *Passende emoties*

De eisen die in het vorige hoofdstuk zijn ontwikkeld om te bepalen of een emotie passend is, gelden hier onverkort. De rechter zal niet-passende emoties als irrelevant ter zijde moeten schuiven en buiten de *betrokken oordeelsvorming* moeten houden. Een pleiter moet zich dus afvragen welke emoties passend zijn, omdat ze uit de zaak of uit de daarbij behorende taak voortkomen. Alleen deze emoties kan hij gebruiken voor de emotionele overtuigingsmiddelen, wil hij zijn ethos niet beschadigen.

Cicero wijst bovendien nog op het criterium van de proportionaliteit. Geen grootse pathetiek bij futiele kwesties²² en een pleiter moet pas gebruikmaken van emoties wanneer argumenten alleen niet overtuigend zijn, want 'Argumenten komen meestal vanzelf uit de zaak voort, en de partij die er het best voor staat, heeft er altijd meer', maar de eigenlijke taak van de redenaar is het overtuigen van de rechter als de argumenten niet de doorslag geven. Dan kunnen emoties een belangrijk argument vormen: 'Bewijsvoeringen kunnen inderdaad bewerkstelligen dat de rechters onze positie de sterkste vinden,

²¹ Quintilianus (ong. 95) 2001, XII.10:56.

²² Cicero (55 vC) 2004, 2:191.

emoties zorgen ervoor dat ze dat ook willen – en wat ze willen, geloven ze ook.²³

Deze eis speelt in de moderne rechtspleging evenzo. De emotie die wordt getoond, moet qua intensiteit en duur aansluiten bij de verwachtingen van de toehoorder. Deze eis werkt twee kanten uit. Enerzijds moet de emotie in proportie zijn met de context waarin ze geuit wordt en anderzijds moet de emotie proportioneel zijn met de ernst van de gebeurtenis. Deze laatste eis volgt uit empirisch onderzoek van Rose e.a. naar het effect van ‘victim-impact statements’ (verklaringen in het kader van slachtoffersprekrecht) op juryleden. Dit onderzoek toont aan dat mensen verwachten dat de intensiteit van de emotionele reactie van slachtoffers past bij de ernst van het misdrijf. De normen die bepalen of een emotionele uiting proportioneel is, zijn afkomstig uit velerlei bronnen, zoals etniciteit, cultuur, opvoeding, werkomgeving enzovoort.²⁴ Deze normen bepalen tevens welke verwachtingen iemand heeft over hoe slachtoffers zich gedragen en over de emotionele inhoud van bijvoorbeeld een ‘victim-impact statement’ of een getuigenverklaring. De emotionele expressie van het slachtoffer blijkt invloed te hebben op hoe de juryleden het slachtoffer waarderen. De toehoorder beschouwt het slachtoffer van een verkrachting of levensdelict dat minder emoties toont dan verwacht minder geloofwaardig, vindt het slachtoffer minder sympathiek en is geneigd het misdrijf minder zwaar te bestraffen.²⁵ Van de andere kant vinden juryleden in civiele zaken waarin wordt geprocedeerd wegens de aansprakelijkheid voor letselschade de emotionele reactie van slachtoffers vaak overdreven en vinden ze dat de slachtoffers klagen over schadeveroorzakende gebeurtenissen die nu eenmaal bij het leven horen. Kennelijk moeten slachtoffers in dit soort zaken juist emotioneel terughoudend reageren om geloofwaardig te zijn.²⁶ De onderzoekers roepen op tot meer onderzoek naar het verband tussen de intensiteit van de emotionele reactie en de verwachtingen van de toehoorders omdat hun onderzoek suggereert dat een verkeerd gedoseerde verklaring van het slachtoffer in zijn of haar nadeel kan werken. Ook al maakt dit onderzoek nog onvoldoende duidelijk wanneer er sprake is van proportionele emoties, duidelijk is dat een emotioneel overtuigingsmiddel alleen effectief kan zijn als gebruik wordt gemaakt van passende emoties en dit betekent ook dat het beroep op de emotie proportioneel moet zijn.

1.2.4 Ook taalgebruik en presentatie moeten passend zijn

In het vorige hoofdstuk (§1.5) bleek dat de decorum-eis van Cicero omvat dat in de stijl van de pleiter zijn ethos gestalte krijgt. Dit heeft tot gevolg dat

23 Quintilianus (ong. 95) 2001, VI.2:3-7.

24 Zie ook Frijda 1998, 24-27.

25 Rose e.a. 2006, 204, 217.

26 Rose e.a. 2006, 205

ook het taalgebruik en de presentatie ten dienste staan van de emotionele strategie. De keuze van de woorden, het taalgebruik en de presentatie zijn in staat gevoelens op te wekken of het gewenste karakter uit te drukken. De gevoelens die een pleiter via taal en presentatie uitdrukt, moeten in overeenstemming zijn met de manier waarop mensen reageren die de beschreven situatie meemaken. Wanneer een pleidooi gaat over een mishandeling dan moet de pleiter de taal gebruiken van iemand die boos is.

De bijpassende uitdrukkingswijze draagt bij tot de aannemelijkheid van de toedracht: uit het feit dat dit de manier is waarop mensen in beschreven omstandigheden werkelijk reageren, leidt de toehoorder in zijn geest ten onrechte af dat de spreker de waarheid spreekt; het gevolg is dat hij denkt dat het is zoals de spreker zegt, ook als dit niet zo is.²⁷

Om de geloofwaardigheid van zijn verhaal te ondersteunen, moet de spreker dus een bij de zaak/de feiten passend gevoel tot uitdrukking brengen door de daarbij passende taal te gebruiken. Vorm en inhoud moeten bij elkaar passen. De decorum-eis strekt nog verder; de pleiter moet een stijl hanteren die past: bij de rol die hij speelt, bij het eigen ethos, bij het ethos van zijn cliënt, bij de context en bij het publiek.²⁸ Dus de pleiter moet rekening houden met de context waarbinnen hij pleit en de specifieke omstandigheden van het geval. Stel, een vader stelt iemand aansprakelijk voor de dood van zijn zoon:

Zal hij er genoeg mee nemen de feiten bondig en duidelijk op een rijtje gezet te hebben? Zal hij zijn afzonderlijk argumenten helder uit elkaar houden door ze op zijn vingers af te tellen? (...) En waar blijft dan ondertussen zijn verdriet? Waar blijven zijn tranen steken? Hoe heeft een zo koele toepassing van technische vaardigheden zich tussenbeide kunnen wringen? Moet hij niet van het eerste tot en met het laatste woord vrijwel aan één stuk door zuchten en droevig kijken, als hij tenminste de bedoeling heeft zijn verdriet zelfs naar de harten van de toehoorders over te hevelen? Als hij dat verdriet ook maar een ogenblik vergeet vast te houden, zal het de rechters niet bereiken.²⁹

27 Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1408a:20-24.

28 Quintilianus (ong. 95) 2001, XI.1:42-45.

'Kortom, we moeten nog veel meer verschillende rollen kunnen spelen dan er verschillende zaken zijn, omdat we daarin de gevoelens van jongens, vrouwen, volkeren, en zelfs van zwijgende dingen vertolken, die allemaal hun eigen karakter hebben (...) En ook in die gevallen dat er maar één rechter is, stel je je anders op tegenover ernstige mannen dan tegenover meer lichtzinnige, en anders tegenover een geletterde dan tegenover een soldaat of een boer. Niet zelden moet je het niveau van je rede aanpassen en het kort houden om te voorkomen dat de rechter je niet kan volgen en het geheel niet kan bevatten.'

29 Quintilianus (ong. 95) 2001, XI.1:53-55.

De omstandigheden bepalen welke rol de pleiter speelt en die moet hij niet alleen consequent spelen, maar de hele presentatie staat ten dienste van die rol, ook de stijl die hij hanteert maakt deel uit de strategie. Het taalgebruik moet dus passen bij de emotionele inhoud van het verhaal, bij de strategische keuzes, bij het karakter van de pleiter en bij de context waarbinnen hij pleit.

1.2.5 *Gelijkwaardigheid van overtuigingsmiddelen: juridische rationaliteit is onvoldoende*

De drie klassieke auteurs zijn het erover eens dat het gebruik van de emotionele overtuigingsmiddelen niet alleen – zoals in die tijd wel werd geadviseerd – beperkt moet worden tot de inleiding en het slot van het betoog, maar in het hele pleidooi op zijn plaats is.³⁰ Aristoteles schampert dat emotionele overtuigingsmiddelen natuurlijk wel in de inleiding kunnen worden gebruikt om de aandacht van de toehoorders te trekken, maar ‘de taak daar waar nodig de aandacht van het gehoor te trekken hoort (...) in alle delen van de toespraak thuis: de aandacht verslapt overal meer dan aan het begin, vandaar dat het belachelijk is dit onderdeel aan het begin te plaatsen, wanneer iedereen het aandachtigst luistert’.³¹

De gelijkwaardigheid van de overtuigingsmiddelen vereist dat de pleiter zich bij elk onderdeel van het betoog afvraagt welke overtuigingsmiddelen hij wanneer kan gebruiken en hoe. De retorica schrijft een vaste ordening voor: inleiding, uiteenzetting, bewijsvoering, afsluiting. Deze ordening komt voor een groot deel overeen met wat de moderne boeken over schrijfvaardigheid voorschrijven, maar er is een verschil: de uiteenzetting van de kwestie. In de klassieke uiteenzetting wordt alle informatie gegeven die nodig is om de kwestie te begrijpen. In de moderne boeken worden informatie en argumenten meestal niet zo streng gescheiden, maar het loskoppelen van de argumentatie van de uiteenzetting biedt grote strategische mogelijkheden.

In de inleiding is de strategie gericht op het vragen van aandacht voor de kwestie en de geloofwaardigheid van de spreker.³² In retorische termen betekent dit dat de nadruk in de inleiding ligt op het overtuigingsmiddel *ethos*. De strategie in de uiteenzetting berust op beide emotionele overtuigingsmiddelen: *ethos* en *pathos*. De uiteenzetting van een juridisch pleidooi bevat het feitenrelaas en een verhandeling over het relevante recht.³³ Het feitenrelaas biedt bij uitstek de mogelijkheid om emotionele overtuigingsmiddelen te gebruiken. De feiten moeten verteld worden met de bijpassende emoties, dus ‘afkeer opwekken wanneer men iets afschuwelijks, en medelijden wanneer

30 Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1416b:15-1417b:10; Cicero (55 vC) 2004, 2:184, 2:202-204, 2:310-332; Quintilianus (ong. 95) 2001, VI.1:51-53.

31 Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1415b:10-12.

32 Andeweg & Jonge 2004, 356-362.

33 Broekers-Knol e.a. 2005, 69-72.

men iets droevigs vertelt'.³⁴ Het feitenrelaas kan ook goed gebruikt worden om het karakter van de partijen te tekenen op een dramatische wijze – zoals in de literatuur, de film en het toneel gebeurt – door de kwaliteit en vooral de details van het verhaal, de stijl die gebruikt wordt en door het tekenen van de individuele trekken van de betrokkenen.³⁵ Een voorbeeld van dramatische karakterschets is te vinden in het pleidooi van Lysias dat ik in Hoofdstuk 2 §2.1 uitgebreid heb besproken. Lysias karakteriseert Eufiletos, de moordenaar van Erathosthenes, als een simpele man, een man die zo dom was om zijn overspelige vrouw te vertrouwen tot zijn ogen door iemand anders werden geopend en hij de verleider Erathosthenes op heterdaad kon betrappen. Deze karakterschets dient twee doelen. Enerzijds het wekken van sympathie bij de toehoorders voor Eufiletos en anderzijds laten zien dat zo'n domme, naïeve man het slachtoffer niet in de val kan hebben gelokt, zoals Erathosthenes' familie beweert. In de bewijsvoering (*argumentatio*) kunnen emotionele overtuigingsmiddelen de overtuigingskracht vergroten door te voorkomen dat de bewijsvoering een aaneenschakeling van argumenten is.³⁶ De emotionele overtuigingsmiddelen mogen in de afsluiting wat sterker aangezet worden. In de andere onderdelen van het betoog moeten emoties zo natuurlijk mogelijk aansluiten bij de lading van datgene wat de pleiter zegt, maar in het slotwoord mag het iets explicieter, omdat het slotwoord bepaalt met welke stemming de rechter het beraad in gaat.³⁷ Dit laatste beroep op emoties kan het beste plaatsvinden door de feitelijke en beleidsmatige gevolgen van de alternatieve beslissingen te schetsen en eventueel tegenover elkaar te zetten.

Het advies om de overtuigingsmiddelen door het hele pleidooi te gebruiken hangt nauw samen met de gelijkwaardigheid van de drie overtuigingsmiddelen. In Hoofdstuk 3 (§2.3) heb ik – me op Wisse baserend – geconcludeerd dat de gelijkwaardigheid van de overtuigingsmiddelen betekent dat *ethos*, *pathos* en *logos* ieder een perspectief vormen van waaruit een overtuigingsmiddel gezien moet worden.³⁸ Dit klinkt misschien wat cryptisch, maar laat ik een voorbeeld geven. Voor een jurist is het belangrijk met een goede juridisch technische argumentatie te komen, dit vergroot zijn overtuigingskracht door *logos*. Met het overtuigingsmiddel *logos* doet hij immers een beroep op de juridische rationaliteit en daarmee op het verstand en de kennis van de rechter. Vakgenoten onder elkaar (advocaten, officier van justitie en rechter) proberen elkaar met technische argumenten te overtuigen. Een goed technisch verhaal heeft echter nog een ander effect, het laat zien dat de pleiter een pro-

34 Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1408a:10-25; Quintilianus (ong. 95) 2001, IV.2.120.

35 Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1417a:16-1417b:10; Cicero (55 vC) 2004, 2:327-330; Carey 1996, 410-414.

36 Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1417b:21-1418a:20; Quintilianus (ong. 95) 2001, VI.2.3-4.

37 Quintilianus (ong. 95) 2001, VI.1:1-12.

38 Wisse 1989, 7-8.

fessional is die een geloofwaardige en intelligente bron van informatie is. Een goede argumentatie (logos) vergroot de overtuigingskracht ook door ethos. Door bij het formuleren van de argumenten op de stijl en de bewoording te letten kan ook het pathos gediend worden; kunnen de emoties die betrokken zijn bij de zaak en de taak aangestipt worden. Dus bij de juridische informatie en elk juridisch technisch argument moet een pleiter zich de vraag stellen, hoe breng ik dit onderdeel zo dat het ten dienste staat van zowel de logos als de pathos en het ethos. Zo blijkt weer, maar nu langs een heel andere weg, dat de juridische rationaliteit niet voldoende is voor een overtuigend pleidooi.³⁹

Tot zover de adviezen die voor emotionele overtuigingsmiddelen in het algemeen gelden. Nu volgen nog wat specifieke adviezen die specifiek gelden voor de twee verschijningsvormen: ethos en pathos.

2. Adviezen voor de pleiter

2.1 *Gebruik van ethos door de pleiter*

2.1.1 *Geloofwaardigheid van de pleiter staat centraal*

De klassieke retorici dichten het ethos van de pleiter een grote overtuigingskracht toe, maar over de vraag wat een goed ethos is en hoe de pleiter dat oproept zijn ze minder expliciet en eenstemmig. Volgens Aristoteles gaat het bij ethos om de geloofwaardigheid van de pleiter:

Overtuigen door middel van karakter vindt plaats wanneer het betoog zo wordt ingekleed dat het de spreker als geloofwaardig voorstelt: fatsoenlijke mensen geloven we liever en gauwer, over alle onderwerpen in het algemeen, maar helemaal in kwesties waar geen exacte kennis van mogelijk is en waar plaats is voor twijfel. Maar dit vertrouwen moet wel het gevolg zijn van de toespraak zelf, niet van een vooroordeel over de aard van de spreker.⁴⁰

Volgens Cicero dient ethos om de sympathie van de toehoorder te wekken:

Welnu dus, om een zaak te winnen is het ten eerste van groot belang dat het karakter, de opvattingen, de daden en de leefwijze van de verdedigers en hun cliënten als lofwaardig worden voorgesteld en die van hun tegenstanders als verwerpelijk, en dat bij het publiek zo veel mogelijk sympathie wordt gewekt, zowel voor de redenaar als voor zijn cliënt. Sympathie nu winnen we door ons persoonlijk aanzien, onze daden en onze goede reputatie.⁴¹

39 Vergelijk met H6 §2.2.

40 Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1356a:5-10.

41 Cicero (55 vC) 2004, 2:182.

En, Quintilianus wil een ethos dat de toehoorder voor de spreker inneemt:

Ik moet het wezen van het woord ethos exact onder woorden trachten te brengen, omdat ik denk dat de term niet helemaal duidelijk is. Het ethos dat wij in gedachten hebben en van sprekers verlangen, is een gemoedstoestand die de toehoorders in de eerste plaats door goedheid voor zich inneemt.⁴²

Over dit verschil in ethosconcept heb ik Hoofdstuk 3 §2.3 geconcludeerd dat het niet zo groot is als het lijkt. De drie auteurs zien ethos als een overtuigingsmiddel waarbij de spreker de boodschap betrouwbaar maakt door zijn eigen karaktertekening (en die van zijn cliënt) te gebruiken en zodoende een gevoel van vertrouwen of van sympathie bij zijn toehoorder te bewerkstelligen. De concepten lijken verschillend omdat zij het ethos vanuit verschillende perspectieven beschrijven: Aristoteles beschrijft het ethos vanuit de spreker – de spreker moet zich betrouwbaar voordoen – terwijl Cicero en Quintilianus ethos beschrijven vanuit het perspectief van de toehoorder: de toehoorder moet een sympathie voor de spreker opvatten.

Welke karaktertrekken moet de pleiter volgens de klassieken (lijken te) hebben om vertrouwen of sympathie bij de toehoorder te wekken? Volgens Aristoteles zijn er drie eigenschappen die de geloofwaardigheid van de spreker bevorderen: gezond verstand, een voortreffelijk karakter en goede wil.⁴³ Cicero noemt: rechtvaardig, integer, gewetensvol, schuchter en verdraagzaam in geval van onrecht.⁴⁴ En, Quintilianus heeft het over de gemoedstoestand van de pleiter die zachtmoedig, kalm, vriendelijk, innerlijk beschaafd, aantrekkelijk voor de toehoorders is en prettig om naar te luisteren.

In deze paragraaf zal ik uitgaan van de eigenschappen die Aristoteles nodig acht om de geloofwaardigheid van de spreker gestalte te geven. Op de eerste plaats omdat in de landen die de retorica als uitgangspunt nemen voor de instructie van hun pleiters – vooral de common law-landen – ook de geloofwaardigheid van de pleiter centraal staat. In de Amerikaanse handboeken voor pleiters is de ‘advocate credibility’ een belangrijk thema.⁴⁵ Bovendien blijkt uit empirisch onderzoek dat geloofwaardigheid een aantal vaste elementen bevat, waaronder deskundig, intelligent, goed geïnformeerd, betrouwbaar, eerlijk, onzelfzuchtig en vriendelijk.⁴⁶ Op de tweede plaats omdat Aristoteles meer dan de Romeinse auteurs benadrukt dat het karakter van de pleiter gestalte moet krijgen door het pleidooi en niet door de reputatie van de pleiter. En op de derde plaats omdat Aristoteles betrekkelijk open eigenschappen

42 Quintilianus (ong. 95) 2001, VI.2:12-13.

43 Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1378a:8-10.

44 Cicero (55 vC) 2004, 2:184.

45 Frost 2005, 72-74; Mauet 2002, 69.

46 Andeweg & Jonge 2004, 358.

heeft geformuleerd – gezond verstand, voortreffelijk karakter en goede wil – die gemakkelijk op een moderne wijze kunnen worden ingevuld.⁴⁷

2.1.2 *Gezond verstand*

Dat een intelligente pleiter overtuigender is dan een domme, komt niet als een verrassing. Een expliciet argument in de trant van ik ben zo intelligent, want ik ben cum laude afgestudeerd en heb tot nu toe 85 % van mijn zaken gewonnen, zal de geloofwaardigheid van de pleiter niet vergroten.

De advocaat die tijdens het debat niet over de zaak maar over zichzelf praat, betuigt de rechters die naar hem luisteren, even weinig respect als wanneer hij op het hoogtepunt van zijn betoog zijn toga zou uittrekken om die rechters te laten zien dat hij zich door de beste kleermaker in de stad laat kleden.⁴⁸

Ook hier speelt de passendheid van de emoties weer een rol: het gezond verstand moet blijken uit de manier waarop de pleiter haar taak uitvoert en de zaak presenteert. De vraag is dus met welke impliciete middelen de pleiter haar gezonde verstand kan laten zien.

Een pleiter blijkt als intelligent te worden ervaren als zij: goed geïnformeerd, systematisch, analytisch, weloverwogen en welbespraakt is.⁴⁹

- *Goed geïnformeerd*: Een intelligente pleiter is goed geïnformeerd over de zaak die ze bepleit. Een eerste vereiste is dossierkennis, de pleiter moet de feiten door en door kennen, en even belangrijk is een gedegen kennis van het relevante recht. Relevante kennis van het recht blijkt uit gedegen juridisch onderzoek van de rechtsbronnen, de secundaire bronnen en eventueel bronnen van andere relevante wetenschappen.
- *Systematisch*: Een intelligente pleiter maakt een systematische indruk. Ze is in staat gecompliceerde of omvangrijke informatie te ordenen en samen te vatten; de feiten overzichtelijk weer te geven; helder en georganiseerd te argumenteren; het pleidooi duidelijk te structureren.
- *Analytisch*: Een intelligente pleiter heeft een goed ontwikkeld analytisch vermogen. Dit toont ze aan door haar vermogen om te formuleren wat partijen precies proberen te bereiken, door haar vermogen om te bepalen welke andere belangen er in een zaak spelen, door haar vermogen om verband te leggen tussen de relevante rechtsregels en de onderhavige casus; door haar vermogen om de rechtsregel uit een arrest te destilleren en aan te geven wat de verschillen en de overeenkomsten zijn tussen de casus

47 Ik maak hierbij onder meer gebruik van Hoeken 1998; Smith 2002, Hoofdstuk 6-8; Andeweg & Jonge 2004; Frost 2005; Kil & Zwanenburg (red.) 2008.

48 Calamandrei (1959) 2004, 33.

49 Zie bijvoorbeeld Smith 2002, 127-172 voor een gedetailleerdere uitwerking. Zie ook Andeweg & Jonge 2004; Kil & Zwanenburg (red.) 2008, 91-108.

van het arrest en de onderhavige zaak; door haar vermogen argumenten te vinden en daarvan de kwaliteit te bepalen; door haar vermogen om verschillende vormen van analyse te gebruiken bij het bepalen wat een specifieke regel betekent voor het concrete geval, zoals analogie, a contrario, deductie.

- *Weloverwogen*: Een intelligente pleiter is in staat om te bepalen in hoeverre de doeleinden van de partijen met de andere belangen verenigd kunnen worden, in staat om de argumenten van beide partijen in een zaak bij de overweging te betrekken. Een weloverwogen pleiter zal de rechter ervan proberen te overtuigen dat zijn visie beter is ondanks de argumenten van de tegenpartij en draagt een oplossing aan die niet alleen juridisch klopt maar ook praktisch – wat betreft de feitelijke, de beleidsmatige en de ethische consequenties – haalbaar is.
- *Welbespraakt*: Een intelligente pleiter betoogt in grammaticaal foutloze taal, in een heldere, bondige stijl en liefst met enige dramatische en retorische flair.

De kenmerken van een intelligente pleiter hangen kennelijk nauw samen met de kwaliteit van de inhoud van het pleidooi. Hoe groter de kwaliteit van het betoog lijkt te zijn, hoe hoger de intelligentie van de pleiter wordt geschat en hoe geloofwaardiger de pleiter is. Ethos en logos zijn onlosmakelijk verbonden overtuigingsmiddelen.

In de tekst kan ook meer expliciet gewezen worden op kenmerken van intelligentie. Zo kan de pleiter aandacht vestigen op het feit dat hij goed geïnformeerd is omdat hij goed onderzoek heeft verricht door bijvoorbeeld de frase ‘op grond van gedegen onderzoek stel ik vast dat’; dat hij systematisch is door een frase als ‘hoewel dit een ingewikkelde deel van het recht is, zal ik het proberen terug te brengen tot een aantal hoofdlijnen’; dat hij weloverwogen is door de zinsnede ‘alles in overweging nemend’.

2.1.3 Voortreffelijk karakter

Een goed karakter omvat volgens Aristoteles rechtvaardigheid, moed, zelfbeheersing, trots, vrijgevigheid, mildheid en wijsheid.⁵⁰ Deze goede karaktereigenschappen behandelt hij echter bij de feestrede waar hij vervolgens bij de procesrede naar verwijst. Aangezien de drie genres ieder een eigen doel hebben en de doeleinden bepalend zijn voor hoe de overtuigingsmiddelen in het genre ingezet kunnen worden,⁵¹ lijkt Aristoteles zich er met deze verwijzing wat gemakkelijk van af te maken. Zo lijken vrijgevigheid en trots nu niet bij uitstek de eigenschappen die een juridische pleiter moet tonen.

50 Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1366a:25-1366b:20; 1378a:18.

51 Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1358b:20-1359a:5.

De moderne pleiter kan voor een goed karakter houvast ontleen aan de Gedragsregels 1992⁵² en de kernwaarden zoals deze zijn vastgesteld door de Commissie Van Wijmen.⁵³ Van Wijmen noemt partijdigheid, onafhankelijkheid, deskundigheid, vertrouwelijkheid, integriteit, professionaliteit en publieke verantwoordelijkheid. Deze kenmerken zijn samen te vatten in drie eigenschappen: een goed pleiter moet waarachtig, professioneel en loyaal zijn (of lijken).

- *Waarachtig*: Waarachtigheid omvat integriteit, onafhankelijkheid en deskundigheid. De pleiter kan haar waarachtigheid tonen door zowel de feiten als het recht accuraat en eerlijk weer te geven. Dit wil zeggen dat zij de rechter niet verkeerd mag informeren noch door informatie over het recht of de feiten verkeerd weer te geven, noch door informatie achter te houden. Dit geldt ook voor informatie die schadelijk is voor haar positie. De pleiter moet in het belang van haar geloofwaardigheid overwegen welke haar onwelgevallige feiten en juridische informatie zij moet bestrijden en welke zij toe kan geven, maar zij mag ze niet achterhouden. Welke informatie zij moet bestrijden en welke zij toe kan geven is afhankelijk van de vraag hoe cruciaal het punt is en hoe bestrijdbaar het is. Hoe minder belangrijk het punt is en hoe moeilijker het te bestrijden is des te eerder de pleiter het punt kan toegeven aan haar tegenpleiter.⁵⁴ De onafhankelijkheid eist dat de pleiter zich onafhankelijk opstelt van de overheid, van de rechter en van de cliënt. Dat een goede pleiter onafhankelijk moet zijn van de eerste twee ligt voor de hand, maar van de derde vereist nog enige toelichting. De pleiter kan zich niet kritiekloos achter zijn cliënt opstellen, hij heeft een eigen verantwoordelijkheid (Gedragsregel 9.1).⁵⁵
- *Professioneel*: Dit open begrip omvat eigenlijk alles dat valt onder Gedragsregel 1:

52 De Gedragsregels 1992 zijn geen verordening, maar 'brengen normen onder woorden, die naar heersende opvatting in de kring der advocaten behoren te worden in acht genomen ...'. De open normen in art. 46 Advocatenwet kunnen met behulp van de Gedragsregels worden ingevuld. Zie over de verhouding gedragregels, tuchtrecht, verordeningen Bannier & Fanoy 2005, 140-154.

53 De Commissie van Wijmen adviseert zes kernwaarden voor een goede rechtsbedeling in de Advocatenwet op te nemen: Rapport Commissie Van Wijmen 2006, 16-22. De kernwaarden van de commissie Van Wijmen komen overeen met de algemene beginselen die zijn neergelegd in de Code of Conduct for European Lawyers zoals deze zijn aangenomen door de Council of Bars and Law Societies of Europe in Porto op 19 mei 2006. Deze gedragscode is een uitvloeisel van de Dienstenrichtlijn 1977 (77/249/EEG) en geldt voor alle grensoverschrijdende activiteiten van de advocaat binnen de EU.

54 Smith 2002, 108-114.

55 Gedragsregel 9.1 luidt: 'De advocaat draagt de volledige verantwoordelijkheid voor de behandeling van de zaak. De advocaat kan zich niet aan deze verantwoordelijkheid onttrekken met een beroep op de van zijn cliënt verkregen opdracht. Hij mag evenwel geen handelingen verrichten tegen de kennelijke wil van de cliënt.'

De advocaat dient zich zodanig te gedragen dat het vertrouwen in de advocatuur of in zijn eigen beroepsuitoefening niet wordt geschaad.

Dit wil zeggen dat de pleiter zich zo heeft te gedragen dat hij de eer van het beroep hoog houdt. Onprofessioneel gedrag omvat on hoffelijk, oneerlijk, onbeschoft gedrag, gebrek aan respect voor alle betrokken partijen en handelen in strijd met zijn publieke verantwoordelijkheid. Maar schending van alle andere eisen die het ethos van de pleiter benadelen kunnen ook als onprofessioneel aangemerkt worden.

- *Loyaliteit*: Hieronder vallen partijdigheid en vertrouwelijkheid. Deze eigenschap zegt vooral iets over de verhouding met de cliënt. Dat de verhouding tussen cliënt en advocaat vertrouwelijk is, vloeit voort uit de aard van het beroep⁵⁶ en blijkt uit Gedragsregel 6. Partijdigheid vereist dat een pleiter met passie, overtuiging en vertrouwen het standpunt van haar cliënt behartigt. Want, als een toehoorder de indruk krijgt dat de pleiter geen vertrouwen heeft in het standpunt van haar cliënt, waarom zou een onpartijdige toehoorder dan dit standpunt accepteren? De eis van de partijdigheid betekent dat de pleiter altijd het belang van zijn cliënt als richtsnoer moet nemen (Gedragsregel 5).⁵⁷

De loyaliteit van de pleiter aan zijn cliënt wordt wel weer begrensd door de eisen van waarachtigheid en professionaliteit. De pleiter mag zich dus niet onbeschoft gedragen, ook al doet hij dit uit loyaliteit en hij moet zo onafhankelijk van zijn cliënt blijven dat hij bijvoorbeeld niet zijn leugens overneemt.

2.1.4 Goede wil

Aristoteles stelt goede wil op één lijn met vriendschap.⁵⁸ Het is een gevoel van welwillendheid dat de pleiter uitstraalt, waardoor hij de toehoorder in een welwillende stemming brengt. Garver spreekt in dit verband van de ‘bonds of goodwill between the speaker and hearer’ en van een ‘community of pleasure and pain’.⁵⁹ Het is dus geen karaktereigenschap, maar een houding ten opzichte van de andere betrokkenen in de procedure.

Vijandig gedrag ten opzichte van de wederpartij of gebrek aan respect voor de rechter is zowel in strijd met de professionaliteit die het voortreffelijke karakter vereist, als met de goede wil. De weigering om ook een onbeduidend verschil van mening toe te geven aan de wederpartij is zowel een schending van de waarachtigheid die een voortreffelijk karakter vereist als

⁵⁶ Wladimiroff 2001, 555.

⁵⁷ Gedragsregel 5 luidt: ‘Het belang van de cliënt, niet enig eigen belang van de advocaat, is bepalend voor de wijze waarop de advocaat zijn zaken dient te behandelen.’

⁵⁸ Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1378a:20.

⁵⁹ Garver 1994, 130-131.

met de goede wil. Dus de eisen van goede wil en van voortreffelijk karakter kunnen samenvallen.

Aristoteles' vergelijking met de vriendschap biedt houvast om het verschil tussen beide eisen te verhelderen.⁶⁰ Voor vriendschap is kenmerkend dat de vrienden het beste met elkaar voor hebben. De goede wil eist dan ook dat het motief voor het gedrag van de pleiter steeds moet lijken te zijn dat de pleiter het beste voor heeft met alle betrokkenen in de procedure: natuurlijk met de eigen cliënt, maar ook met de wederpartij en met de rechter. Een pleiter die handelt in strijd met de eisen die de goede wil stelt, doet vragen rijzen over zijn motieven en dus over zijn geloofwaardigheid: handelt hij wel in het belang van de betrokkenen of dient hij andere (egoïstische) doelen?

2.2 Gebruik van pathos door de pleiter

2.2.1 Opwekken van toehoorderemoties

Aristoteles zocht de overtuigingskracht van emoties in het causale verband tussen de opvatting en het gevoel en de drang tot handelen.⁶¹ Zijn advies aan pleiters is om een opvatting bij de toehoorder te doen postvatten en dan volgt vanzelf het gevoel en de gewenste handeling. Een pleiter laat een toehoorder bijvoorbeeld angst ervaren wanneer hij hem laat 'denken dat het leed voor de deur staat' en dat dit leed hen zal overvallen 'van personen van wie en op tijden waarop ze dit niet hadden verwacht'.⁶² Hij wekt de verontwaardiging van de toehoorder op wanneer hij 'aantoont dat zij die aanspraak maken op medelijden dit niet verdienen ... en dat ze in werkelijkheid het tegendeel verdienen'.⁶³ Door deze gedachte zou een gevoel van lust of van last ontstaan dat de toehoorder zou willen verlengen of bestrijden door op een bepaalde manier te oordelen. Deze keten van oorzaak en gevolg maakt het oordeel – dat volgt wanneer een pleiter zijn toehoorder overhaalt tot bepaalde denkbeelden – voorspelbaar.

In het voorgaande is echter aangetoond dat verbanden tussen de bestanddelen van een emotie niet (alleen) causaal zijn, maar dat deze relaties veel complexer zijn (Hoofdstuk 4), en dat de geëmotioneerde de emoties die hij beleeft, kan reguleren en beheersen (Hoofdstuk 5 en 6). In tegenstelling tot wat Aristoteles zegt, kan een pleiter niet zeker zijn van de emotie die hij teweegbrengt of van het oordeel dat de toehoorder zal vellen wanneer de plei-

60 Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1380b:34-1381a:4.

Laten we zeggen dat bevriend zijn met of houden van betekent dat je iemand toewent wat je goed acht, omwille van hem, niet van jezelf, en dat je voor zover het in je vermogen ligt, probeert in je handelen dit goede te realiseren. Een vriend is dan iemand die met een ander bevriend is of van de ander houdt, en die op zijn beurt de ander dierbaar is.

61 Hoofdstuk 2 §2.3.

62 Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1383a:8-13.

63 Aristoteles (ong. 340 vC) 2004, 1387b:16-20.

ter emoties probeert te wekken door zich alleen te richten op de cognities die deel uitmaken van de emotie.⁶⁴ De sleutel blijkt te zijn dat de toehoorder door de emotionele beleving de indruk krijgt dat zijn eigen belangen bij deze situatie of deze beslissing betrokken zijn. Quintilianus wees hier al op:

Zodra er iets van woede, welwillendheid, haat of medelijden in hen [rechters, MIJ] opgekomen is, hebben ze het gevoel dat het hun eigen zaak is, die op het spel staat. Zoals wie verliefd is, niet over schoonheid kan oordelen omdat zijn geest zijn ogen voorschrijft wat ze moeten waarnemen, zo verliest de rechter die door zijn emoties in beslag genomen wordt, alle vermogen om nuchter onderscheid te maken tussen waarheid en onwaarheid (...) Zo maakt het vonnis duidelijk wat het effect is geweest van de argumenten ..., maar als een rechter door de redenaar van zijn stuk is gebracht, valt dat al van hem af te lezen als hij nog zit en slechts luistert. Wanneer de tranen ... de rechter over de wangen stromen, velt hij daarmee toch in het openbaar zijn oordeel? Hierop moet de redenaar zich dus toeleggen, dit is zijn taak, dit is waarvoor hij zich moet inspannen, zonder dit is de rest naakt, mager, zwak en onaantrekkelijk. Zozeer is als het ware de levensadem van zijn werk gelegen in de emoties.⁶⁵

De overtuigingskracht van toehoorderemoties zit in het feit dat een emotionele beleving de emotionele kennis van de toehoorder activeert door herbeleving van de emoties die hij in eerdere vergelijkbare situaties heeft beleefd. Hierdoor wordt de kwaliteit van het rechterlijk oordeel bevorderd omdat het pathos refereert aan de emotionele structuren waarin mensen verkeren als ze over hun eigen problemen delibereren.⁶⁶

Pathos heeft in de moderne praktijk niet tot doel de rechter tot openlijke emotionele gedragingen te bewegen, zoals de klassieke retorici bepleiten, en heeft niet tot doel een beslissing te onderbouwen – wat wel het doel is van de juridische argumenten. Pathos heeft tot doel de rechter te motiveren een bepaalde beslissing te nemen, hebben tot doel de rechter bij de oordeelsvorming te betrekken zodat hij echt wil luisteren en zijn emotionele kennis in wil schakelen, kortom om de rechter te stimuleren tot *betrokken oordeelsvorming*.

64 De pleiter kan wel een aanwezige emotie sussen door zich op het cognitieve bestanddeel van een emotie te richten. Wanneer mensen boos zijn, zijn ze dit omdat ze denken dat ze onterecht geminacht of genegeerd worden. Dit kan een misvatting zijn, waardoor hun woede onredelijk is. In zo een geval kan de pleiter met behulp van argumenten proberen de gedachte dat men onterecht wordt geminacht, te corrigeren: Fortenbaugh 2002, 17.

65 Quintilianus (ong. 95) 2001, VI.2:6-7.

66 Zie ook Garver 1994, 139.

2.2.2 *Het oproepen van passende emoties*

Bij pathos gaat het om passende emoties die inherent zijn aan de zaak of de bijbehorende taak. Maar hoe roep je deze op? Quintilianus geeft het advies om ze uit de feiten van het geval voort te laten komen.

Het kortste advies dat ik beide [partijen, MIJ] kan geven, is goed voor ogen te houden wat de zaak in potentie te bieden heeft. Wanneer de redenaar gezien heeft wat de feiten werkelijk of schijnbaar in zich hebben om afgunst, welwillendheid, afkeer of medelijden op te wekken, moet hij dat zeggen waardoor hij, als hij zelf rechter was, het meest geraakt zou worden.⁶⁷

Emoties kunnen dus het best opgewekt worden door de inhoud van het verhaal, door de emoties die in de casus aanwezig zijn te gebruiken. In 1994 speelde de volgende zaak: Een vrouw (de moeder), getrouwd met S., leeft al jaren met een andere man (de natuurlijke vader) samen. Uit de laatste relatie wordt een kind (Anna) geboren. Onder het toen geldende afstammingsrecht had het kind dat staande een huwelijk geboren was de echtgenoot (S.) tot vader. De moeder, inmiddels gescheiden van S., ontkent diens vaderschap en de natuurlijke vader erkent Anna. De wet bepaalde echter dat de ontkenning en de erkenning alleen dan gevolg hebben als de moeder en de natuurlijke vader binnen een jaar na de geboorte van het kind in het huwelijk zijn getreden. Dit laatste was niet gebeurd. Het cassatiemiddel wordt als volgt afgesloten:

Zij [de verzoekers, MIJ] zien niet hoe het verlies van de band tussen het kind en de met de Noorderzon vertrokken S., van wie de verblijfplaats en zelfs het bestaan geheel onbekend zijn, en die zich in geen enkel opzicht iets aan het kind (dat alleen formeel-juridisch zijn kind is) gelegen laat liggen, (ooit) zou kunnen opwegen tegen het bevestigen van de bestaande biologische band tussen de vader D. en zijn kind, waardoor A. zijn plaats in het gezin, waar hij zich reeds feitelijk geborgen weet, ook familierechtelijk ziet bevestigd.⁶⁸

Een mooi beroep op de emoties van de rechter, door het gebruik van de bekende feiten, maar op een meer pathetische manier verwoord: 'de met de Noorderzon vertrokken S..., van wie ... zelfs het bestaan geheel onbekend is... in geen enkel opzicht iets aan het kind gelegen laat liggen' wordt gesteld tegenover 'de bestaande band tussen vader D en zijn kind [bevestigen] de plaats in het gezin, ... reeds nu ... geborgen weet'.

67 Quintilianus (ong. 95) 2001, VI.1:11.

68 Hoge Raad 17 september 1993, NJ 1994, 373.

De pleiter kan langs verschillende wegen een emotioneel beroep op de rechter doen. Hij kan zich, zoals in het bovenstaande voorbeeld, richten op de feiten van het geval, zodat de rechter sympathie opvat voor de situatie waarin de cliënt verkeert; maar hij kan ook op zoek gaan naar de belangen van de rechter die betrokken zijn bij de taak die de rechter moet verrichten in deze zaak; of hij kan wijzen op de feitelijk, beleidsmatige of ethische consequenties die de alternatieve beslissingen hebben. Soms kunnen emotionele argumenten wel meer expliciet worden aangevoerd ‘wanneer we de feiten overzien krijg je medelijden met de cliënt die dit allemaal heeft doorstaan’,⁶⁹ maar meestal zal het impliciet en ingehouden moeten gebeuren om effectief te zijn.

2.2.3 *Pleiter moet de emoties zelf ondergaan*

Quintilianus gaat ervan uit dat een pleiter een rol speelt en – net als Cicero – vergelijkt hij de pleiter met een acteur. Net als een acteur moet een pleiter de op te wekken emoties kennen en zelf ondergaan om ze over te brengen op het publiek.⁷⁰ Net als een acteur zijn publiek emotioneert door de emotie in toon en gebaar te uiten zo zou de advocaat dit ook moeten doen.

Volgens Cicero is elke pleiter hiertoe in staat, omdat bij elke nieuwe zaak haar reputatie als pleiter op het spel staat, en omdat de loyaliteit aan de cliënt van haar eist dat ze zich in de situatie van de cliënt inleeft. De laatste reden is dat wat voor een acteur geldt – volgens Cicero – a fortiori voor een redenaar geldt. Wanneer een acteur zich zo in kan leven in zijn rol dat hij ermee samenvalt en hij de emoties overbrengt door ze zelf te ervaren, dan moet het elke pleiter lukken. De rol van de acteur is immers door een ander geschreven en heeft betrekking op een gefingeerd leven, terwijl een pleiter het veel gemakkelijker heeft omdat de pleiter zijn eigen rol schrijft die bovendien de werkelijkheid betreft.⁷¹ Quintilianus volgt Cicero in deze opvatting en maakt van de voordracht (actio) het belangrijkste onderdeel van een pleidooi dat een

wonderbaarlijke kracht heeft ... Daarom is geen enkele bewijsvoering, vooropgesteld dat die van een redenaar komt, zo sterk dat ze haar kracht niet verliest als de zekerheid van de spreker haar niet ondersteunt. Het is onvermijdelijk dat alle emoties verwateren als ze niet aangewakkerd worden door de stem, de gelaatsuitdrukking, ja de houding van vrijwel het gehele lichaam.⁷²

69 Zie ook Smith 2002, 95-97.

70 Cicero (55 vC) 2004, 2:189-197; Quintilianus (ong. 95) 2001, VI.2:26-35. Zie ook Katula 2003, 148-149.

71 Cicero (55 vC) 2004, 2:191-197; Quintilianus (ong. 95) 2001, VI.2:35.

72 Quintilianus (ong. 95) 2001, XI.3:2.

Aristoteles gaat minder ver dan zijn Romeinse collega's, hij legt de nadruk op overeenstemming tussen de inhoud van het verhaal en de gevoelens die de pleiter uitdrukt door argumenten, taalgebruik en woordkeuze. Aristoteles eist dat de gevoelens die een pleiter uitdrukt in overeenstemming zijn met de manier waarop mensen werkelijk reageren als ze deze gevoelens ondergaan.

Aristoteles' advies sluit beter aan bij moderne rechtspraktijk, waarin men een professionele rechter moet overtuigen die wars lijkt te zijn van het grote gebaar. Katula heeft in 2001 onderzoek gedaan onder 162 alleensprekende rechters (bench-trial judges) naar hun opvatting over de rol die emoties spelen bij de waarheidsvinding en de oordeelsvorming. Over het algemeen bleken deze rechters negatief te staan tegenover emotionele uitingen in de rechtszaal. Tegelijkertijd erkenden ze dat ze geen kennis over de effecten van emoties hadden, waardoor ze als 'emotiebeten' achterdochtig waren en 95% van de ondervraagde rechters probeerden om tijdens de zitting hun eigen emoties en die van anderen te blokkeren.⁷³

Het advies dat de pleiter de emotie die hij op wil wekken zelf moet ondergaan, betekent in deze tijd dus niet dat de pleiter zich als een acteur moet gedragen en een dramatisch beroep op de rechter moet doen, maar dat hij net als een acteur zijn verbeeldingskracht en inlevingsvermogen moet gebruiken om zich in de situatie van de cliënt te verplaatsen om te achterhalen hoe hij zich in die omstandigheden zou voelen. Dat wat de pleiter dan ervaart moet hij in de inhoud van zijn pleidooi door laten klinken en in een passende vorm gieten. Het advies moet dus eigenlijk zo geïnterpreteerd worden dat elke pleiter – net als elke rechter – een plicht tot betrokkenheid en empathie heeft.

3 Gebruik van emotionele overtuigingsmiddelen in de rechterlijke motivering

3.1 De eis van de goede motivering

In Hoofdstuk 6 heb ik de aanvaarbaarheid van de invloed van emoties op het rechterlijk oordeel getoetst aan de kwaliteitseisen die de rechtzoekenden aan de oordeelsvorming stellen: objectief, deskundig en rechtvaardig. Eén eis is daar nog niet besproken, omdat deze strikt genomen geen betrekking had op de oordeelsfase. Deze derde eis is de eis van een goede motivering die geldt voor de retorische fase van het rechterlijk oordeel.

Tijdens de oordeelsfase is de rol van de rechter een andere dan tijdens de motivering. Was hij tijdens de oordeelsfase een onderzoeker die binnen de grenzen van het recht naar de meest rechtvaardige uitspraak zocht, bij de

⁷³ Katula 2003, 152-153.

motivering is hij een retoricus die de toehoorders ervan moet overtuigen dat deze oplossing de beste is. Vandaar dat ik de motivering de *retorische fase* heb genoemd (Hoofdstuk 5 §1.2). De rechter is in de retorische fase geen subject van emoties zoals in de oordeelsfase, maar een gebruiker. Het gaat in de retorische fase niet om de emoties die de rechter beleeft, maar om de vraag hoe hij de emoties van zijn toehoorder kan gebruiken om zijn overtuigingskracht te vergroten. In deze paragraaf zal ik nagaan of de klassieke adviezen voor het gebruik van emotionele overtuigingsmiddelen geschikt zijn om de rechterlijke overtuigingskracht te vergroten.

3.1.1 *De rechter als pleiter*

Ik heb er al vaker op gewezen dat de nadruk op de ‘juridische rationaliteit’ van de uitspraak eenzijdig is en gebaseerd is op de veronderstelling dat overtuigen, oordelen en legitimeren samenvallen.⁷⁴ Deze veronderstelling is gebaseerd op een dubbele fictie, namelijk de fictie dat de min of meer subjectieve oordeelsvorming gereconstrueerd kan worden met juridisch rationele argumenten en de fictie dat alle publieksgroepen overtuigd kunnen worden met dezelfde juridisch rationele argumenten. De lastige waarheid achter deze ficties is in Hoofdstuk 5 al onthuld. Hier werk ik de eis van de retorica uit dat een pleiter rekening houdt met zijn publiek, maar nu beschouw ik de rechter als pleiter.

Het publiek van de rechter is immers divers; het bestaat zowel uit de partijen (de winnaar én de verliezer) en het grote publiek, als uit beroepsgenoten en andere juristen. Al deze publieksinstanties zal de rechter moeten overtuigen van de juistheid van zijn oordeel. De nadruk in de motivering op de ‘juridische rationaliteit’ veronderstelt dat elke publieksgroep hetzelfde perspectief in neemt als de rechter en zich opstelt als een redelijk, objectief, onpartijdig oordelende toehoorder, die een gemeenschappelijk onpersoonlijk perspectief inneemt en alleen gevoelig is voor rationele argumenten. Dit is natuurlijk niet waar; elke publieksinstantie vereist andere overtuigingsmiddelen. Partijen worden door andere middelen overtuigd dan beroepsgenoten, en de verliezende partij eist weer andere middelen dan de winnaar. De rechter zou er – in het belang van de responsiviteit van de rechtspraak (in de zin van: aansluitend bij wat de burger overtuigend vindt) – beter aan doen de motivering niet enkel op te vatten als een rationele afweging van juridisch-technische argumenten. Hij zou de motivering moeten zien als een retorische gebeurtenis,⁷⁵ waarbij iemand een ander tracht te overtuigen met alle talige middelen die hem ter beschikking staan; hij zou de motivering dus eigenlijk moeten zien als een pleidooi.

⁷⁴ Vgl. Garsten 2006, 5-10.

⁷⁵ Vgl. Boukema 1996.

3.1.2 Een meer retorische benadering van de motivering

Al eerder is aan de orde geweest dat de retorica eist dat een pleiter de overtuigingsmiddelen toesnijdt op de toehoorder. De retorica leert ons te overtuigen door gebruik te maken van de argumenten en de emoties die hoogstwaarschijnlijk bij dit specifieke publiek zullen aanslaan. De nadruk op de juridische rationaliteit (logos) toont aan dat de motivering vooral is gericht op het professionele publiek, want het overtuigen van de partijen en het niet-professionele publiek vereisen ook andere overtuigingsmiddelen (ethos en/of pathos).

Volgens Van den Brink moeten burgers namelijk weinig hebben van de juridische rationaliteit, omdat (i) burgers niet zo rationeel denken als de juridische rationaliteit vereist⁷⁶ en meer hun gezonde verstand gebruiken, (ii) waarheidsvinding voor burgers niet is gebaseerd op (technische) argumenten, maar op de ervaringen in hun eigen leven, en (iii) burgers weinig hebben met de strikte argumentatie van juristen, maar verhalen overtuigender vinden, omdat ze ervaringen in de vorm van verhalen onthouden. Van de Brink concludeert dat de onvermijdelijke kloof tussen burgers en rechters alleen overbrugd kan worden door een dubbele beweging:

Het zou enerzijds goed zijn wanneer (elementen uit) de leef- en denkwereld van burgers binnen het domein van de rechtspraak beter tot hun recht komen. En het lijkt me anderzijds een goede zaak dat (elementen uit) de leef- en denkwereld van het recht hun weg naar het domein van de burgerij vinden.⁷⁷

Juist door de motivering van de feitenrechters beter aan te passen aan de leef- en denkwereld van de burger wordt voldaan aan de hoofdregel van de retorica: de gerichtheid op de toehoorder. Een manier om dit te doen is door aandacht te besteden aan waar het de rechtzoekende werkelijk om te doen is, door ter zitting aandacht te besteden aan de emoties die daarmee gepaard gaan en door de motivering meer toe te snijden op de verschillende publieksinstanties.

Wanneer we nagaan wat partijen overtuigend vinden is een eerste vereiste dat de rechter goed achterhaalt waar het de partijen precies om gaat. Een veel gehoorde klacht van burgers is dat zij de indruk hebben dat rechtspraak zich in een ivoren toren afspeelt en dat rechters niets van het leven en de motieven van gewone burgers kunnen begrijpen, omdat de meeste rechters niet weten wat het bijvoorbeeld is, om met kinderen van drie verschillende vaders van de bijstand te leven en strijd te moeten leveren over kinderalimentatie, of met

76 In Hoofdstuk 5 is gebleken dat rechters ook niet zo rationeel denken, maar dat zij hun denken op juridisch rationele wijze reconstrueren.

77 Brink 2008, 36.

een gezin in een te kleine flat te wonen en aan de verplichtingen uit schuldsanering te moeten voldoen omdat er een huurschuld is.⁷⁸

De ivoeren-toren-klacht heeft echter nog een ander aspect dat voor de kwaliteit van het rechterlijk oordeel misschien wel belangrijker is, namelijk dat de rechter zowel in de zitting als in de motivering moet laten merken dat hij begrijpt waar het partijen om te doen is, waar het conflict volgens hen over gaat. Want, vaak gaat het juridische conflict over iets anders dan het conflict tussen partijen. Zo wordt de schadevergoedingsclaim van een verkeersslachtoffer afgewezen door de verzekeraar van de eigenaar van een vrachtwagen. De vrachtwagen is over de voet van het slachtoffer gereden, waardoor het onderbeen van het slachtoffer geamputeerd moest worden. Tijdens de procedure gaat het echter niet om schade of schadevergoeding, maar over de vraag of iemand die een veegwagen bestuurt en even uitstapt om zijn veger te controleren al dan niet aangemerkt moet worden als een 'door het motorrijtuig vervoerde persoon' zoals bedoeld in artikel 185 Wegenverkeerswet 1994.⁷⁹ Gedurende een procedure vindt een juridische reconstructie plaats van de sociale werkelijkheid. Wat dit kan betekenen heeft Bruinsma laten zien.⁸⁰ Door de juridische kwalificatie van de voor juristen relevante feiten wordt een soort schijnwereld geconstrueerd, die min of meer losstaat van het verhaal en het rechtsgevoel van de rechtzoekende. Dit leidt bij de rechtzoekende tot vervreemding, welke groter wordt naarmate er bij een hogere instantie wordt geprocedeerd.⁸¹ Een van de door Bruinsma geïnterviewde procespartijen (HR 9-12-1994, NJ 1996, 403) klaagt:

De Hoge Raad heeft argumenten waarvan je moet zeggen: beste mensen, dat heeft er helemaal niets mee te maken en wat er echt gebeurd is vind je niet meer in het verhaal terug.⁸²

En wanneer Bruinsma hem uitlegt dat de Hoge Raad alleen de eenheid van het recht bewaakt, niet over de feiten oordeelt en daarom de zaak heeft terug-

78 Ippel & Heeger-Herrter 2006, 158; Boutellier & Lünemann 2007, 52. De laatste onderzoekers citeren een geïnterviewde die werkt bij de schuldsanering:

Ik heb wel het idee dat rechters een beetje in een ivoeren toren zitten ... Als ik kijk naar mijn werk dan heb ik altijd te maken met ... mensen die vaak in de schulden zitten. Dit zijn vaak mensen die laagopgeleid zijn en met een laag inkomen. Daarvan is in het begin al duidelijk dat die rechters zich niet kunnen inleven in dit soort mensen ... Je ziet in de loop der jaren wel dat die kloof kleiner is geworden ... Je ziet bij strafrecht dat mensen jonger worden en daar zitten nu ook vaker vrouwen bij en die zien dat misschien ook anders. Werkende moeders hebben misschien meer begrip voor de problematiek, mensen die zelf moeten schipperen tussen werk en thuis.

79 HR 25 februari 2000, LJN AA4943.

80 Bruinsma 1992.

81 Bruinsma 1992, 148-157.

82 Bruinsma 1992, 150.

verwezen naar het hof dat wel over de feiten mag oordelen, en dat het hof vervolgens een eigen verantwoordelijkheid heeft om op basis van de uitspraak van de Hoge Raad een nieuwe uitspraak te wijzen, verzucht dezelfde man:

Ja, ik weet natuurlijk niet waar ze hun uitspraak op gebaseerd hebben. Want het is overduidelijk hoe het allemaal gegaan is, maar ze doen het af met een heleboel regels en geweldig moeilijke woorden en dingen die een normaal mens volgens mij helemaal niet begrijpt.

De citaten uit het interview door Bruinsma hebben betrekking op een civiele procedure. Wat betreft strafvonnissen is er het een en ander verbeterd sinds als gevolg van het Promisproject een model is ingevoerd om de motivering van de straf in strafvonnissen begrijpelijk te maken voor leken. Volgens het Eindrapport Promis II zijn de professionele betrokkenen over het algemeen enthousiast, ook al klagen de rechters over het de extra tijd die het concipiëren van vonnissen kost.⁸³ Van den Hoven en Plug hebben als taalwetenschappers een systematische vergelijking gemaakt tussen uitspraken vóór en na Promis. Zij constateren dat er sprake is van een verbetering, maar zijn slechts gematigd enthousiast omdat het doel – een begrijpelijke motivering – niet altijd gehaald wordt. Zij wijten dit aan een structureel tekort in het model dat Promis II als instrument voor een begrijpelijke strafmotivering heeft aangereikt. Het model schrijft weliswaar voor welke elementen in de motivering behandeld moeten worden, maar als de rechter/gerechtssecretaris het model volgt zal hij het verband tussen de elementen niet expliciteren. En, wanneer met de voorgeschreven elementen als bouwstenen een redenering moet worden opgezet, moet de volgorde van het model worden losgelaten.⁸⁴ Dit is technische kritiek op het gehanteerde model. Maar daarnaast geldt nog steeds voor strafvonnissen – en ook voor bestuursrechtelijke uitspraken – dat er vaak te veel nadruk ligt op de juridische rationaliteit en te weinig op de persoonlijke en maatschappelijke kant van de zaak.⁸⁵

De tweede mogelijkheid om een uitspraak dichterbij de burgers te brengen is om ook het verhaal van de verliezer aan bod te laten komen. Immers als beide partijen – dus niet alleen de winnaar – de indruk hebben gehoord te zijn, dan kan ook de verliezer de uitspraak gemakkelijker accepteren. Beide partijen moeten zich gelijkwaardig behandeld voelen, wil een uitspraak voor hen beiden aanvaardbaar zijn.⁸⁶

83 RvR 2007c, 16-18.

84 Hoven & Plug 2008.

85 Zie ook naar aanleiding van het wrakingsverzoek van Wilders NRC Handelsblad 9/10 oktober 2010.

86 Vgl. Linden e.a. 2009, 38.

Een derde manier het om de overtuigingskracht jegens burgers te vergroten is om tegemoet te komen aan hun behoefte om in de bejegening en in de motivering terug te zien dat hun emoties gezien en erkend zijn. Dit betekent dat in de motivering meer nadruk moet liggen op pathetische overtuigingsmiddelen. De rechter zou, zoals Nussbaum stelt, meer met emotionele verbeelding moeten schrijven:

(...) the language of judging should be in some respects, which we should have to specify very carefully, like the language of the lover of literature. By that, I mean not necessarily fine words and high style, but a language that is expressive of the kind of imagination that's capable of perceiving the individual humanity of the people involved and their circumstances; recognizing that each has a complicated story with factors that make it not the same as anyone else's. (...) that kind of imagining is rich in emotion.⁸⁷

Om met empathie naar een vordering van een procespartij te kunnen luisteren – en dan bedoel ik niet alleen met de oren – moet de rechter ook overtuigd zijn van wat deze persoon voelt, geloven dat dit niet alleen aan deze persoon ligt, maar dat iedereen dit gevoel zou hebben, de rechter zelf inclusief. Ook uit de motivering moet blijken dat er een *betrokken oordeelsvorming* heeft plaatsgevonden: de rechter moet de emoties die voortkomen uit de zaak en uit de daarbij behorende taak laten doorklinken.

Drie mogelijkheden om de kloof tussen burger en rechter te overbruggen door – op suggestie van Van den Brink – meer aandacht te geven aan de publieke geloofwaardigheid van het rechterlijk gezag. Deze drie mogelijkheden zijn te realiseren door het rechterlijk oordeel als een retorische activiteit te zien en het niet alleen te funderen op deskundigheid en objectiviteit, maar ook empathische betrokkenheid; niet alleen te funderen op juridische rationaliteit en communicatie met juristen, maar ook op interactie met de rechtzoekenden.⁸⁸

3.1.3 Gebruik van *ethos* en *pathos* door de rechter

Het *ethos* van de rechter – volgens Aristoteles het sterkste overtuigingsmiddel – is het beeld dat het publiek zich van de rechter vormt. Hierdoor krijgt hij het gezag om zijn taak uit te oefenen. Natuurlijk heeft een rechter formeel gezag omdat de wetgever hem presenteert als een onafhankelijk en onpartijdig orgaan dat in het openbaar geschillen beslecht en strafbare feiten berecht. Voor een goed *ethos* is echter meer nodig dan formeel gezag. Zolang het vertrouwen in de rechtspraak nog betrekkelijk groot is (Hoofdstuk 6

87 Nussbaum 1996b, 24.

88 Zie ook Witteveen 1988, 312-316; Steenberghe 2007a; Schuyt 2007.

§1.2.1), kan de individuele rechter daarop voortbouwen.⁸⁹ Hiernaast gelden voor de rechter dezelfde eisen als voor de pleiter: goede wil, gezond verstand en voortreffelijk karakter (zie §2.2), waarnaar de rechter zich op de zitting zal moeten gedragen. Ook bij de motivering spelen deze eisen – zij het in een andere verhouding – een rol.

Het tweede emotionele overtuigingsmiddel is het *pathos*. De rechter zal dit overtuigingsmiddel wat anders gebruiken dan de pleiter. De *pleiter* wil de emoties van de toehoorder beïnvloeden door ze op te wekken, terwijl de *rechter* de emoties van de toehoorder wil beïnvloeden door ze te spiegelen of te bevestigen. Om de emoties van anderen te herkennen en vervolgens te spiegelen of te bevestigen is empathisch vermogen nodig. De plicht van de rechter tot empathie omvat dus niet alleen zijn gedrag op de zitting en zijn bejegening van partijen maar ook de motivering.

3.2 Twee uitspraken

In het voorgaande is beweerd dat een rechterlijk oordeel beter wordt wanneer er sprake is van een *betrokken oordeelsvorming*. Rechterlijke emoties zijn hiervoor constitutief. Een glimp van deze *betrokkenheid* moet doorklinken in de motivering. De retorica reikt middelen aan om dit te bereiken.

In deze paragraaf analyseer ik twee uitspraken. Een uitspraak waarbij het emotionele aspect totaal is verwaarloosd en een andere uitspraak waarbij de rechter wel heeft geprobeerd recht te doen aan de emoties die bij de betrokkenen spelen.

3.2.1 Casus 1: De weggesleepte fiets

Tussen 2000 en 2008 wordt het stationsgebouw van Groningen (1896) ingrijpend gerestaureerd. Alle verbouwingen die sinds 1960 waren aangebracht worden gesloopt en het gebouw wordt in oude glorie hersteld. Onder het station is bewaakte NS-fietsenstalling en onder het nieuwe verhoogde stationsplein: 'het Stadsbalkon' is een gemeentelijke fietsenstalling gepland voor ruim 4100 fietsen. Vooral de reizigers die met de fiets naar het station komen ondervinden in die periode hinder van alle werkzaamheden, omdat de gemeente te weinig tijdelijke stallingmogelijkheden heeft gecreëerd – voor het KPN-gebouw heeft de gemeente een tijdelijke 'parkeerflat' van 900 fietsenrekken geplaatst en verder staan er her en der nog wat losse rekken. B&W Groningen heeft – om overlast te voorkomen – in een gebied rond het station een parkeerverbod voor fietsen afgekondigd, dat geldt buiten alle voor fietsenstalling aangewezen plaatsen en fietsenrekken.⁹⁰ Ter handhaving van

89 Meer 2004, 13-20; Ippel & Heeger-Herrter 2006, 168-169.

90 Art. 160a lid 2 Algemene plaatselijke verordening Groningen 1994: Burgemeester en wethouders kunnen op de weg gelegen plaatsen aanwijzen waar het, in het belang van het

dit verbod mag het gemeentebestuur bestuursdwang toepassen (art. 125 lid 1 Gemeentewet) mits de bestuursdwang schriftelijk is aangekondigd aan de overtreder (art. 5:24 Algemene wet bestuursrecht), waarbij het alleen in spoedeisende gevallen mogelijk is om zonder aankondiging bestuursdwang toe te passen (art. 5:24 lid 6 Algemene wet bestuursrecht).

Op 14 juni 2005 gaat een fietser naar het station om de trein te nemen. Wetende dat er bij het station te weinig fietsenrekken zijn, zet hij zijn fiets vast aan een hek onder het Emmaviaduct. Dit viaduct valt binnen het gebied waarvoor een fietsparkeerverbod geldt. De fiets wordt dan ook dezelfde dag nog door de Milieudienst weggehaald en opgeslagen. Pas als hij de fiets de volgende dag ophaalt, wordt hem de beslissing om bestuursdwang toe te passen uitgereikt. De fietser maakt bezwaar tegen deze beslissing omdat hij vindt dat het gemeentebestuur zelf de problemen heeft veroorzaakt, de gemeente heeft immers te weinig rekken geplaatst, zodat treinreizigers hun fietsen wel op verboden plaatsen moesten stallen. Ten tweede stond de fiets niet zo hinderlijk dat bestuursdwang onmiddellijk moest worden toegepast (art. 5:24 lid 6 Awb juncto art. 160a lid 2 APV-Groningen). Nadat zijn bezwaren in bezwaar en beroep zijn afgewezen, stelt X hoger beroep in bij de Raad van State.⁹¹

De casus is eenvoudig, de vragen die de rechter moet beantwoorden zijn betrekkelijk fundamenteel: Mag de gemeente een verbod handhaven terwijl zijzelf de naleving bemoeilijkt? Was de situatie zo spoedeisend dat gemeente zich bij de handhaving op artikel 5:24 lid 6 Awb kan beroepen? En achter deze vragen liggen weer andere rechtspolitieke vragen. Wat betekent het voor de dagelijkse bestuurspraktijk wanneer de rechter normhandhaving in dit soort situaties verbiedt?

De klagende fietser heeft sterke argumenten. Op de eerste plaats het argument dat de gemeente maar 900 tijdelijke stallingplaatsen creëert terwijl ze weet dat er ongeveer 4000 plaatsen nodig zijn, zodoende dwingt de gemeente fietsers om in strijd met het parkeerverbod te handelen. Ten tweede is de bestuursdwang niet aangekondigd en lijkt de situatie niet zo spoedeisend dat onmiddellijk ingrijpen vereist is.

Het enige argument dat de gemeente heeft om de spoedeisendheid te onderbouwen is de aanzuigende werking die uitgaat van een gestalde fiets. Van de andere kant, als de rechter het bezwaar van de klagende fietser honoreert dan worden de mogelijkheden van de gemeente om de normen te handhaven ingeperkt. Welke belang moet voorrang krijgen: de rechtsbescherming of de bestuurlijke daadkracht?

uiterlijk aanzien van de gemeente, ter voorkoming of opheffing van overlast, dan wel voorkoming van schade aan de openbare gezondheid, verboden is fietsen en/of bromfietsen onbeheerd buiten de daarvoor bestemde ruimtes of plaatsen te laten staan.

⁹¹ ABRvS 6 februari 2008, LJN BC3602.

De Afdeling beantwoordt de eerste rechtsvraag met de volgende overweging (2.4):

Voor zover [appellant] betoogt dat het college gelet op bijzondere omstandigheden had behoren af te zien van handhavend optreden overweegt de Afdeling als volgt. Gelet op het algemeen belang dat gediend is met handhaving, zal in geval van overtreding van een wettelijk voorschrift het bestuursorgaan dat bevoegd is om met bestuursdwang hiertegen op te treden in de regel van deze bevoegdheid gebruik moeten maken. Slechts onder bijzondere omstandigheden mag van het bestuursorgaan worden gevergd dit niet te doen. Dit kan zich voordoen indien concreet zicht op legalisatie bestaat of wanneer handhavend optreden dermate onevenredig is in verhouding tot de daarmee te dienen belangen dat daarvan in die concrete situatie behoort te worden afgezien. De stelling van [appellant] dat het college zelf onvoldoende maatregelen heeft genomen om onjuiste stalling van fietsen te voorkomen is door hem niet nader gemotiveerd en kan derhalve niet tot het oordeel leiden dat het college in dit geval zich had dienen te onthouden van het toepassen van bestuursdwang.

De rechter noemt eerst de algemene regel te noemen: in het algemeen belang moet de gemeente handhaven, tenzij zich bijzondere omstandigheden voordoen. Vervolgens geeft hij twee redenen om van bijzondere omstandigheden te spreken. Een ervan is hier aan de orde, namelijk wanneer handhaving onevenredig is gezien de belangen die met de norm gediend worden. Alleen de laatste zin van de geciteerde overweging wordt aan het argument van de fietser gewijd. De Afdeling verwerpt de klacht van de fietser dat het college zich van bestuursdwang had moeten onthouden omdat 'het college zelf onvoldoende maatregelen heeft genomen om onjuiste stalling van de fietsen te voorkomen'. Niet door op het argument in te gaan, maar door haar als onvoldoende gemotiveerd 'weg te schrijven'. De Winter zegt hierover dat dit een taboe is, dat het 'nooit' gebeurt, maar dat elke rechter het woord kent.⁹²

Het 'wegschrijven' van een serieus argument maakt dat de retorische kwaliteit van deze overweging onvoldoende is. Het doet het ethos van de rechter tekort: de motivering (het oordeel?) is niet weloverwogen (§2.2.2), want door het 'wegschrijven' geeft de rechter aan dat hij niet in staat is om de argumenten van beide partijen in een zaak bij de overweging te betrekken en dat hij niet eens een poging onderneemt om de rechtzoekende ervan te overtuigen dat dit een goede beslissing is. Het tast het voortreffelijke karakter van de rechter aan (§2.2.3) doordat het de waarachtigheid en de professionaliteit van motivering onder druk zet, en het tast de goede wil (§2.2.4) aan door een gebrek aan welwillendheid naar de appellant. Dit soort overwegingen

92 Winter 2008.

is slecht voor het vertrouwen in de rechtspraak omdat ze het ethos van de rechter aantasten.

Aannemende dat er goede redenen zijn om de omstandigheden in deze situatie niet aan te merken als ‘bijzondere omstandigheden’ waardoor het college van het toepassen van bestuursdwang zou moeten afzien, is het onduidelijk waarom die redenen niet gegeven worden.⁹³ Het zou voor de overtuigingskracht van deze beslissing al heel wat uit maken als de rechter de positie van de verliezer zou erkennen, omdat hij daardoor aantoonde het vermogen te hebben om de argumenten van beide zijden in zijn overweging te betrekken. Die ene zin die de rechter aan het argument van appellant wijdt, zou met een kleine moeite aangepast kunnen worden waardoor de appellant zich serieus genomen zou kunnen voelen: ‘De stelling van [appellant] dat het college zelf onvoldoende maatregelen heeft genomen om onjuiste stalling van fietsen te voorkomen lijkt op het eerste gezicht een bijzondere omstandigheid op te leveren waardoor het college geen bestuursdwang had mogen toepassen, maar de dagelijkse bestuurspraktijk zou te zeer worden bemoeilijkt wanneer de rechter normhandhaving in dit soort situaties zou verbieden.’

Dit voorbeeld laat zien dat aan de retorica eenvoudige aanwijzingen kunnen worden ontleend om de motivering te verbeteren.

3.2.2 *Casus 2: Extra beveiligde woning Hirsi Ali*

Sinds Theo van Gogh op 2 november 2004 werd vermoord uit verontwaardiging over de film ‘Submission’ – een omstreden film over de positie van de vrouw binnen de islam – die hij samen met Ayaan Hirsi Ali maakte, werd zij nog zwaarder bewaakt dan de twee daaraan voorafgaande jaren. Al die tijd heeft Hirsi Ali geen vaste woonplaats gehad. Soms was ze gedurende een aantal maanden ondergedoken in het buitenland. Vaker werd ze van safehouse naar safehouse gevoerd.⁹⁴ Intussen was de Nederlandse staat voor haar op zoek naar een meer permanente oplossing in de vorm van een extra beveiligde woning. Het uitgangspunt bij een extra beveiligde woning is enerzijds dat de betrokken persoon afdoende beveiligd wordt en anderzijds dat deze zo veel mogelijk in staat wordt gesteld op normale wijze deel te nemen aan het maatschappelijke verkeer, zowel sociaal als professioneel.⁹⁵ Na twee en een half jaar (in februari 2005) heeft Hirsi Ali genoeg van het vluchten. Ze zet de regering onder druk door het adres van haar safehouse aan de media bekend

93 Tijdgebrek, stelt De Winter in het hierboven aangehaalde artikel.

94 Een safehouse is een verblijfplaats bijvoorbeeld in een kazerne of een vliegbasis die gemakkelijk bewaakt kan worden, maar waardoor de te beveiligen persoon niet normaal kan deelnemen aan het maatschappelijke verkeer.

95 Brief van de minister van justitie over de beveiliging van kamerleden, Kamerstukken II 2004/2005, 30 011, nr. 1.

te maken. Twee en een halve maand later heeft de staat Hirsi Ali geïnstalleerd in een extra beveiligde woning in een appartementencomplex in Den Haag.

Voordat Hirsi Ali in het appartement trekt, is er meerdere malen contact tussen de Coördinator Bewaking en Beveiliging (de Coördinator) en de Vereniging van eigenaren van het appartementencomplex (de VvE) over de te nemen veiligheidsmaatregelen. Er worden bewakingscamera's geplaatst, procedures besproken voor aankomst en vertrek van Hirsi Ali in de onder het complex gelegen parkeergarage. Gaandeweg de voorbereidingen neemt de onvrede bij de VvE toe; het begint door te dringen dat als Hirsi Ali gevaar loopt, de overige bewoners van het appartementencomplex samen met haar gevaar zullen lopen. De VvE huurt Ernst & Young Security & Integrity Services in om een rapport op te stellen over de veiligheidsrisico's die de bewoners van het appartementencomplex lopen (rapport E&Y). Eén van de conclusies van het rapport E&Y is dat het complex niet geschikt is om een extra beveiligde woning in onder te brengen. Zeker niet als deze bewoond gaat worden door iemand met een zo hoog veiligheidsrisico als Hirsi Ali. Na een onbevredigende briefwisseling met de Coördinator spant de VvE een kort geding aan tegen de staat.

Het kort geding dient op 25 november 2005,⁹⁶ Hirsi Ali woont dan ongeveer een half jaar in het complex. De bewoners van het complex stellen dat de Staat zich onrechtmatig jegens hen heeft gedragen onder andere door inbreuk te maken op het in artikel 8 EVRM beschermde recht op eerbiediging van het privéleven door de hinder die zij ondervinden van de beveiligingsmaatregelen rond de huidige woonster van de extra beveiligde woning. Ze vorderen opheffing van het gebruik van het appartement als extra beveiligde woning of – subsidiair – beëindiging van het gebruik van de extra beveiligde woning door Hirsi Ali.

De Staat betwist op basis van – deels geheime – informatie de conclusies van het rapport E&Y dat de VvE heeft laten opstellen. De dreiging voor de bewoners zou helemaal niet zo groot zijn. De Staat is bovendien steeds bereid geweest om naast de veiligheidsvoorzieningen in het appartement van Hirsi Ali extra voorzieningen te treffen om de veiligheid van de andere bewoners van het complex te beschermen en om hen eventueel nadeel dat zij leiden door de waardevermindering van hun appartement te vergoeden.

De kortgedingrechter wijst de vorderingen af omdat de eisers niet of onvoldoende aannemelijk hebben kunnen maken 'dat hun veiligheid door de aanwezigheid van een extra beveiligde woning in hun complex op onaanvaardbare wijze wordt geschaad', noch dat de Staat een verkeerde belangenafweging heeft gemaakt, noch dat de hinder door de veiligheidsmaatregelen

96 Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 6 december 2005, LJN AU7458.

zo groot is dat deze een inbreuk op hun privéleven en dus strijd met artikel 8 EVRM oplevert.

Natuurlijk moest de Staat Hirsi Ali beschermen die vanwege haar opvattingen voortdurend onder dreiging van geweld moest leven. Maar, moest de extra beveiligde woning nu net in een appartementencomplex ondergebracht worden? De angst van de bewoners was begrijpelijk – gezien de opgewonden sfeer die er toen heerste – en de bewoners moeten de indruk hebben gehad dat hun veiligheid door de Staat werd opgeofferd voor de veiligheid van Hirsi Ali. Hun angst dat een aanslag op Hirsi Ali ook hen zou treffen was gebaseerd op allerlei openlijke signalen die aannemelijk maakten dat de veiligheid van Hirsi Ali ernstig bedreigd werd, zij werd immers niet voor niets zwaar bewaakt. Bovendien was het algemeen bekend dat op het lichaam van de vermoorde Theo van Gogh een dreigbrief gericht aan Hirsi Ali was gevonden. Daar kwam bij dat de media regelmatig onderschepte dreigementen tegen haar leven bekend maakten.

De VvE gaat dan ook in hoger beroep. De behandeling door het Hof 's-Gravenhage is op 23 maart 2006,⁹⁷ Hirsi Ali woont dan bijna een jaar in het appartement. Het hoger beroep spitst zich toe op het oordeel van de voorzieningenrechter dat de hinder die de bewoners ondervinden geen inbreuk op artikel 8 EVRM oplevert. De feiten die bewoners aanvoeren zijn te verdelen in drie groepen: (i) het wachten bij de lift of de parkeergarage als Hirsi Ali aankomt of vertrekt, (ii) de aanwezigheid van veiligheidsfunctionarissen in de gemeenschappelijke ruimten van het appartementengebouw waardoor bewoners geconfronteerd worden met verzoeken om identificatie of andere bevelen en bezoekers moeten worden gescreend, (iii) de angst om in eigen woning of de directe omgeving daarvan door een aanslag te worden getroffen.

Het hof oordeelt dat de feiten die in de eerste en de tweede groep vallen geen inbreuk opleveren op artikel 8 EVRM. Weliswaar behoren de liften en de parkeergarage tot de woning in de zin van artikel 8 EVRM, maar het zijn gemeenschappelijke ruimtes waarin de bewoners van een appartementengebouw nu eenmaal enige hinder ondervinden van medebewoners en het optreden van de bewakers beperkte zich tot de gemeenschappelijke ruimtes en 'was gezien de omstandigheden niet onbegrijpelijk en evenmin disproportioneel of te indringend' (r.o. 3.2-3.6).

De feiten in groep drie leveren echter wel schending van de privacy op. Het hof vindt het aannemelijk dat de bewoners bang zijn voor een aanslag, waardoor ze zich in hun eigen woning onveilig voelen. Dit gevoel is objectief gerechtvaardigd, omdat er een reëel risico is dat er een aanslag op Hirsi Ali wordt gepleegd. Dan somt het Hof de feiten op waaruit blijkt dat dit risico reëel is. Wanneer dit risico werkelijkheid wordt en er inderdaad een aanslag

97 Hof 's-Gravenhage 27 april 2006, LJN AW5258.

op Hirsi Ali wordt gepleegd, loopt ook de veiligheid van de andere bewoners gevaar. De Staat stelt dat deze gevoelens van onveiligheid niet objectief gerechtvaardigd zijn, omdat 'het dreigingsniveau lager is dan door de Bewoners wordt ervaren', maar ze stelt dit op basis van geheime informatie. Het gevoel van onveiligheid van de bewoners is objectief gerechtvaardigd, omdat de Staat niet aannemelijk maakt dat het risico op een aanslag verwaarloosbaar klein is.

Het Hof oordeelt dat de Staat onrechtmatig heeft gehandeld door een gevaarlijke situatie in het leven te roepen en daardoor een gevoel van angst bij de bewoners teweeg te brengen, waardoor de Staat artikel 8 EVRM heeft geschonden. Aangezien het gevoel van onveiligheid samenhangt met de huidige woonster van de extra beveiligde woning zal de staat binnen 4 maanden het gebruik door de huidige woonster moeten beëindigen.

Het Hof heeft het gevoel van onveiligheid van de bewoners gekwalificeerd als een gepaste emotie:

Het Hof acht aannemelijk is dat de bewoners zich niet alleen in de gemeenschappelijke ruimtes maar ook binnen hun eigen appartement onveilig voelen omdat zij bang zijn het slachtoffer te worden van een op [betrokkene] gepleegde aanslag. Het Hof vindt in dit specifieke geval die angst begrijpelijk en ook objectief gerechtvaardigd. Dat [betrokkene] een reëel risico loopt het slachtoffer te worden van een aanslag op haar leven heeft de Staat niet betwist en dat dat zo is blijkt ook uit de haar gegeven bewaking en de beveiliging van haar huidige woning (...) Het hof acht voorts aannemelijk dat bij een aanslag binnen het appartementencomplex ook de veiligheid van de bewoners in het geding is (...) Dit volgt ook uit de, door de Staat evenmin bestreden, conclusie van E&Y dat, als er een aanslag op [betrokkene] plaatsvindt terwijl zij in het appartementengebouw is, rekening moet worden gehouden met ernstige vormen van immateriële en materiële schade voor direct omwonenden. (r.o. 3.7)

Het verweer van de Staat dat het dreigingsniveau lager is dan door bewoners wordt ervaren, schuift het Hof terzijde omdat de informatie waarop het verweer gebaseerd is geheim blijft. Het verweer dat zodra dit dreigingsniveau zou stijgen Hirsi Ali naar een andere verblijfplaats kan worden overgebracht schuift het Hof ook terzijde. Het kan immers niet altijd van tevoren worden onderkend dat zich een acuut gevaar voordoet (r.o. 3.9).

Dit betekent dat, ook indien er met de Staat vanuit wordt gegaan dat het risico op een aanslag niet zo groot is als de Bewoners menen, er niettemin een risico bestaat dat de Bewoners het slachtoffer zullen worden van een aanslag op [betrokkene]. Het gevoel van onveiligheid is dus objectief gerechtvaardigd. Daarbij moet worden bedacht dat ook een kleine kans op een groot gevaar een

gegronde reden kan opleveren voor gevoelens van onveiligheid. Tevens speelt een rol dat de Bewoners door de feiten van categorie (i) en nog meer die van categorie (ii) ... telkens met die onveiligheid worden geconfronteerd, hetgeen het gevoel van onveiligheid een vrijwel permanent karakter geeft (r.o. 3.9).

Hierdoor heeft de Staat jegens de bewoners inbreuk gemaakt op artikel 8 EVRM, terwijl er geen wettelijke grondslag is voor deze inbreuk. Dus heeft de Staat onrechtmatig gehandeld door een zo ernstig bedreigde persoon te laten wonen in de extra beveiligde woning in dit appartementencomplex.

Bij de overwegingen over de mogelijke voorziening die toegewezen kunnen worden, weegt de rechter de positie van Hirsi Ali mee.

Het is voor haar zonder twijfel een hard gelag indien zij weer zou moeten verhuizen. De fout van de Staat om haar zonder een wettelijke voorziening in haar huidige appartement te huisvesten mag echter niet op de Bewoners, die hiermee niet hebben ingestemd, worden afgewenteld. Het hof acht ook voldoende aannemelijk dat indien aan de huidige situatie geen eind komt meerdere Bewoners zich vanwege hun gevoel van onveiligheid gedwongen zullen voelen hun appartement in het gebouw te verkopen of te verlaten; enkelen hebben dit reeds gedaan (r.o. 3.14).

Deze uitspraak heeft een retorisch karakter. De rechter geeft niet alleen juridische argumenten, maar laat zien dat hij zich *betrokken* voelt bij de situatie waarin zowel de bewoners als Hirsi Ali tegen hun zin terecht zijn gekomen, zodat er sprake lijkt te zijn geweest van *betrokken oordeelsvorming*. De rechter heeft een ethos geconstrueerd waarbij niet alleen sprake is van gezond verstand (§2.2.2 goed geïnformeerd, systematisch, analytisch, weloverwogen), maar ook van voortreffelijk karakter en goede wil (§2.2.3 en 4) integer, onafhankelijk, deskundig met respect voor beide standpunten). Ook is er plaats voor pathos omdat bij het lezen van dit arrest de indruk ontstaat dat de rechter zich heeft ingeleefd in de positie van betrokkenen, doordat de rechter de emoties van betrokkenen (zowel van de bewoners als van Hirsi Ali) heeft gezien en herkend, en in de motivering bevestigt.

In dit arrest toont het Hof aan objectief te kunnen oordelen – in de media werden de medebewoners van het appartementencomplex afgeschilderd als bekrompen burgers die alleen oog hadden voor hun eigen belang. Frans Weisglas, voorzitter van de Tweede Kamer zei doelend op de procedure die de burens waren gestart tegen de Staat: ‘Hirsi Ali’s burens zouden zich moeten schamen voor hun verschrikkelijke gedrag.’ Hirsi Ali zelf zei met veel gevoel voor drama: ‘Mijn burens lijken het kritische beeld te bevestigen dat zeer weinig Nederlanders dapper genoeg waren om joden, homoseksuelen en

zigeuners tegen de Nazi's te beschermen.⁹⁸ Ondanks de druk van de media en de publieke opinie vaart het Hof een eigen koers (autonomie) waarin wordt onderzocht of de gevoelens van de bewoners objectief gerechtvaardigd zijn. Het Hof toont ook deskundig te zijn door juridische kennis en analytisch vermogen aan mensenkennis te paren. Bovendien is het een goed gemotiveerde uitspraak die de emoties van alle betrokkenen erkent en weloverwogen is.

Overigens, wordt in dit arrest bevestigd dat passende emoties rechte relevant kunnen zijn en maar dat het pas mogelijk is om er rechtsgevolgen aan te verbinden als ze aan nog een extra eis voldoen, namelijk dat ze begrijpelijk en correct zijn (in de terminologie van het Hof: objectief gerechtvaardigd).

Ondanks deze extra eis casseert de HR deze uitspraak.⁹⁹ In cassatie stelt de Staat dat het Hof de gevoelens van de bewoners niet als uitgangspunt had mogen nemen, want deze angstgevoelens zijn subjectief. Advocaat-Generaal Huydecoper concludeert dat aanvaardig van deze stelling ertoe zou leiden:

dat men nooit met succes het teweegbrengen van angst door het in het leven roepen van een gevaarlijke situatie, als onrechtmatig zou kunnen bestrijden... inderdaad valt niet vast te stellen wanneer individuen uit een bepaalde groep wel of niet relevante angst (zullen) voelen; maar men kan wel vaststellen dat de omstandigheden van dien aard zijn, dat redelijke mensen daarvan (in onaanvaardbare mate) gevoelens van angst zullen ondervinden. Dat is wat het Hof heeft beoordeeld – namelijk: of er sprake was van een begrijpelijke en ook objectief gerechtvaardigde (angst)reactie van [verweerder] c.s. Daarmee heeft het hof, volgens mij, een verstandige toets gekozen voor de ‘meting’ van de geoorlooftheid van het in het leven roepen van een situatie als de onderhavige (al. 9).

De Hoge Raad¹⁰⁰ stelt voorop dat het algemene belang dat de Staat dient door bedreigde publieke personen te beschermen door de inrichting en ingebruikgeving van een extra beveiligde woning zwaar weegt (r.o. 3.7.3). Hier staat het – door artikel 8 EVRM beschermde – belang van ‘derden’ tegenover die door het handelen van de Staat geconfronteerd worden met het risico van het gebruik van de extra beveiligde woning. (r.o. 3.7.4). Bij de afweging van deze belangen weegt onder meer¹⁰¹ het gevoel van onveiligheid zwaar dat bij de ‘omwonenden’ leeft door de vrees slachtoffer te worden van een aanslag.

98 NRC Handelsblad 17 mei 2006.

99 De zitting is op 11 augustus 2006. In mei 2006 is echter door minister Verdonk de Nederlandse nationaliteit van Hirsi Ali nietig verklaard, waarna Hirsi Ali naar de VS is vertrokken. De kwestie van haar beveiligde bewoning heeft dus haar actualiteit verloren.

100 HR 20 oktober 2006, LJN AY7463 (Extra beveiligde woning Hirsi Ali).

101 Naast de aard, de ernst en de duur van de hinder door gebruik van extra beveiligde woning; de aard en de ernst van de veiligheidsrisico's die voortkomen uit het gebruik van de extra beveiligde woning, en de mate van waarschijnlijkheid dat dreiging werkelijkheid wordt.

Maar de mate waarin deze gevoelens van vrees relevant zijn is niet alleen afhankelijk van de vraag of de vrees objectief gerechtvaardigd wordt door een reële dreiging, maar of de risico's van de dreiging binnen de maatschappelijk aanvaardbare proporties blijven. De maatstaf is dus niet of de risico's op een aanslag – door de veiligheidsmaatregelen – verwaarloosbaar klein zijn, maar of

het gevaar van een aanslag op de extra beveiligde woning door de zorgvuldigheid waarmee adequate veiligheidsmaatregelen zijn getroffen zo beperkt is dat, mede gelet op de zwaarwegende maatschappelijke belangen die met de beveiliging zijn gediend, van de omwonenden kan worden gevergd daarmee te leven. Indien dit het geval is, vormt de vrees van de omwonenden dat een aanslag op de bedreigde persoon ook hen zal treffen, niet een maatschappelijk onaanvaardbare last die omwonenden van de extra beveiligde woning in vergelijking met andere burgers die met de beveiligde persoon in contact komen onevenredig treft. Zou in dit ernstige dilemma een andere keuze worden gemaakt, dan zou dit in zijn uiterste consequentie betekenen dat voor de bedreigde persoon in het gewone maatschappelijke leven geen plaats meer is. Die consequentie behoort in een democratische samenleving niet te worden aanvaard (r.o. 3.7.8).

De Hoge Raad verwijst naar Hof Amsterdam dat moet onderzoeken of de Staat in redelijkheid heeft kunnen beslissen dat het gebruik van de beveiligde woning noodzakelijk en verantwoord is, met het oog op de veiligheidsrisico's voor de omwonenden, de dreiging en de getroffen veiligheidsmaatregelen.

Het valt op dat ook de Hoge Raad bij zijn motivering retorische middelen gebruikt. Spreken de feitelijke rechters in hun uitspraak van bewoners of medebewoners, de Hoge Raad spreekt van 'derden' en 'omwonenden'. Met dit woordgebruik suggereert de Hoge Raad een grotere afstand tussen de woning van Hirsi Ali en de woning van de eisers dan feitelijk het geval is, zij bewonen immers allen hetzelfde gebouw. Het doel van deze woordkeus is om het verschil tussen de medebewoners en andere burgers te verkleinen, zodat het belang van de medebewoners samenvalt met dat van andere burgers en opgaat in het algemeen belang dat gediend is met de bescherming van een bedreigde politicus. Het verbaast dan ook eigenlijk niet dat de Hoge Raad extra eisen stelt, wil het teweebrengen van een emotie door gevaarzetting onrechtmatig zijn. Het gevoel van angst moet niet alleen begrijpelijk zijn (gebaseerd zijn op een reële dreiging), maar er moet ook getoetst worden of niet mag worden geëist dat de bewoners met deze angst leven omdat de omvang van de dreiging minder zwaar weegt dan de belangen die met de gevaarzetting worden gediend.

Het woordgebruik van de Hoge Raad heeft tot doel een redenering mogelijk te maken (logos) – het individuele belang van de bewoners valt samen

met het algemeen belang – maar het heeft ook een pathetisch effect. Door het woordgebruik wordt irritatie gewekt over de medebewoners die immers hun eigen belang laten prevaleren boven het belang van alle anderen. Dit gebruik van pathos kan echter niet gericht zijn op het overtuigen van de verweerders, want zij zullen zich hierdoor alleen maar miskend voelen. Dit gebruik van pathos kan alleen tot doel hebben gehad om de andere publieksinstanties (juristen, publiek opinie) te overtuigen. Voor juristen is dit waarschijnlijk niet nodig, want die zijn gewend aan het feit dat belangen kunnen botsen en moeten worden afgewogen. Er rest maar één publieksinstantie waarvoor dit woordgebruik de overtuigingskracht van de motivering zou kunnen vergroten en dat zijn de media en daarachter het grote publiek. De Hoge Raad blijkt in de motivering gebruik te maken van retorische middelen, maar vergeet om alle publieksinstanties te bedienen.

Het gezag van de rechter is afhankelijk van de manier waarop hij tot een oordeel komt en dit vervolgens motiveert. Wanneer de rechter zich bij de zitting, de oordeelsfase en de motivering te veel beperkt tot de juridische rationaliteit, dan komt zijn gezag onder druk te staan. Willen rechters hun gezag behouden dan zullen zij zich moeten realiseren dat wat

(...) voor de rechtszitting relevant [is], op zich genomen voor de buitenwereld niet zo interessant [is], en bovendien dat juridische dimensies niet doorslaggevend zijn. Juridische gevallen zijn snel onderdeel van een groter, weinig juridisch verhaal, dat vol is van maatschappelijke zorgen ...¹⁰²

Meer aandacht voor de retoriek van de motivering kan bijdragen aan de communicatie met de niet-juridische publieksinstanties.

¹⁰² NRC Handelsblad 9/10 oktober 2010.

Besluit

1. Beantwoording van de centrale vraag

Dit onderzoek begon met de vraag of en hoe emotionele overtuigingsmiddelen in de huidige rechtspraktijk bruikbaar zijn. Volgens de klassieke retorica is de overtuigingskracht van een juridisch betoog namelijk afhankelijk van drie overtuigingsmiddelen: logos (goede argumenten), ethos (betrouwbaarheid van de spreker) en pathos (emotionele gesteldheid van de toehoorder). In de moderne juridische literatuur wordt echter alleen aandacht besteed aan het overtuigingsmiddel logos. Er is nauwelijks wetenschappelijke belangstelling voor het gebruik van ethos en pathos in een juridisch betoog. Dit gebrek aan wetenschappelijke belangstelling kan verklaard worden door de ongemakkelijke verhouding die er bestaat tussen juristen en emoties. Enerzijds bestaat de opvatting dat emoties zo veel mogelijk buiten de oordeelsvorming gehouden moeten worden omdat ze het rationele proces verstoren, anderzijds erkennen juristen dat conflicten nu eenmaal gepaard gaan met emoties van de betrokkenen en dat het voor een jurist essentieel is om zich in deze emoties te kunnen inleven om zo te begrijpen welke belangen er spelen bij een conflict. De vraag naar de bruikbaarheid van emotionele overtuigingsmiddelen in de moderne rechtspraktijk leidt tot vragen naar het concept emotie, naar de verhouding tussen emotie en ratio, naar het proces van oordeelsvorming en naar de invloed van emoties bij de oordeelsvorming.

Het blijkt dat de laatste decennia veel onderzoek is verricht naar emoties en naar oordeelsvorming omdat onderzoek naar dit soort verschijnselen door de cognitieve wending in de psychologie mogelijk is geworden. In de cognitieve opvatting wordt de mens gezien als een actieve informatieverwerker en -verwerker. Een mens is steeds bezig om informatie te verzamelen over zijn verhouding tot de wereld om hem heen. Zowel emoties als oordelen worden door de cognitieve psychologie beschouwd als informatieverwerking en -verwerking. Binnen dit theoretisch kader kan de volgende vraag worden onderzocht:

1. *Wat is, naar de inzichten van een cognitieve emotietheorie, de betekenis van het klassieke retorische advies om de overtuigingskracht van het juridische pleidooi te verbeteren door een beroep te doen op de emoties van de rechter en zodoende diens oordeelsvorming te beïnvloeden?*

2. *Onder welke voorwaarden mag het rechterlijk oordeel door emoties worden beïnvloed?*
3. *Hoe kan een moderne pleiter de emotionele overtuigingsmiddelen gebruiken?*

Het antwoord op deze vraag valt in vier delen uiteen.

- 1.1 *Het klassieke retorische advies om de kwaliteit van een juridisch betoog te verbeteren door een beroep te doen op de emoties van de toehoorder is naar de inzichten van de cognitieve emotietheorie houdbaar, maar om andere redenen dan de klassieke retorici dachten*

Deze conclusie wordt met de volgende argumenten onderbouwd.

- 1.1.1 *Het klassiek retorische advies is niet gebaseerd op het karakter van de procesgang in het klassieke Athene en Rome (Hoofdstuk 2)*

De klassieke retorische adviezen over de betekenis en het gebruik van emotionele overtuigingsmiddelen ontleen ik aan drie schrijvers: Aristoteles, Cicero en Quintilianus. Deze schrijvers zijn het erover eens dat de drie overtuigingsmiddelen: logos, ethos en pathos, even belangrijk zijn voor de overtuigingskracht van het betoog. De rechterlijke procedure in de klassieke oudheid verschilt echter hemelsbreed van de onze, zodat de vraag rijst of deze retorische adviezen niet onlosmakelijk verbonden zijn met het karakter van de vigerende juridische procedure.

De klassieke auteurs leefden in een tijdsbestek van ruim 400 jaar – Aristoteles (4^{de} eeuw vC, Athene), Cicero (1^{ste} eeuw vC, Rome, Quintilianus 1^{ste} eeuw nC, Rome) – waarin de geschiedenis zich verplaatst van Athene naar Rome. De rechterlijke procedure in Athene kan inderdaad gekarakteriseerd worden als een strijd die eerder retorisch dan juridisch van aard is. De rechtspraak is in handen van leken; er is eigenlijk nog geen sprake van een rechtssysteem en de rechtsbronnen fungeren niet of nauwelijks als grondslag voor juridische beslissingen. De rechtspraak in Athene is autonoom van karakter. In deze omstandigheden is de pleiter afhankelijk van zijn vermogen om het publiek voor zijn standpunt te winnen. Het belang van de retorica lijkt in deze omstandigheden zo groot omdat juridische argumenten (nog) geen rol spelen. De rechtsvinding in Rome in de late Republiek (1^{ste} eeuw vC) blijkt een meer heteronoom karakter te hebben dan het Atheense proces en in het Principaat (1^{ste} eeuw nC) is dit heteronome karakter door de invoering van het cognitieproces nog verder toegenomen. Er is meer en meer sprake van een inhoudelijke rechtssrijd en de rechter is meer en meer aan het recht gebonden.

In de loop van deze vier eeuwen is er sprake van een verandering van autonome rechtsvinding naar meer heteronome vormen van rechtsvinding,

waarbij de betekenis van de emotionele overtuigingsmiddelen niet afneemt, maar dat van de juridische argumenten toeneemt. Ondanks deze veranderingen blijven de klassieke auteurs het belang van de retorische overtuigingsmiddelen voor de procesrede benadrukken en blijven ze het systeem van de retorica en het gebruik van emotionele overtuigingsmiddelen aan toekomstige pleiters onderwijzen. Het klassieke advies om in de procesrede gebruik te maken van emotionele overtuigingsmiddelen blijkt niet onlosmakelijk te zijn verbonden met de procesgang in die lang vervlogen perioden. Een onderzoek naar de bruikbaarheid van dit advies in de moderne rechtspraak lijkt de moeite waard, omdat emotionele overtuigingsmiddelen niet alleen geschikt blijken te zijn wanneer er sprake is van autonome rechtsvinding, maar evengoed bij meer heteronome vormen van rechtsvinding.

1.1.2 In de klassieke opvatting heeft het beroep op emoties twee verschijningsvormen: ethos en pathos (Hoofdstuk 3)

De klassieke auteurs noemen drie overtuigingsmiddelen logos, ethos en pathos. Bij nadere beschouwing blijkt er sprake van twee overtuigingsmiddelen namelijk rationele en emotionele. Het emotionele overtuigingsmiddel doet zich in twee vormen voor ethos en pathos. Deze herordening is van belang omdat Aristoteles stelt dat ethos niet tot doel heeft de emoties van de toehoorder te bespelen, maar het karakter van de spreker gestalte te geven, waardoor de toehoorder denkt dat hij de waarheid spreekt. Terwijl Cicero en Quintilianus ethos zien als een manier om (een gevoel van) sympathie bij de toehoorder op te roepen. De opvatting van Aristoteles zou ertoe leiden dat ethos eerder bij de rationele overtuigingsmiddelen ingedeeld moet worden en niet bij de emotionele. Uit een nadere analyse van het ethosconcept van Aristoteles blijkt dat het karakter van de spreker een middel is om te bereiken dat de toehoorder vertrouwen krijgt in de spreker. Het doel van ethos is dus wel degelijk het opwekken van een emotie bij de toehoorder.

1.1.3 In de klassieke opvatting is het emotionele overtuigingsmiddel gelijkwaardig aan het rationele (Hoofdstuk 3)

De rationele en emotionele overtuigingsmiddelen zijn gelijkwaardig omdat het ene overtuigingsmiddel niet belangrijker is dan het andere en omdat de overtuigingsmiddelen steeds door het hele betoog gebruikt moeten worden. Het is zelfs zo dat door bijvoorbeeld goed te argumenteren (logos) bijgedragen wordt aan de betrouwbaarheid van de spreker (ethos) waardoor de toehoorder zich openstelt voor het standpunt van de spreker (pathos). De overtuigingsmiddelen zijn gelijkwaardig omdat ze telkens ieder een waardevolle invalshoek bieden om de onderdelen van een betoog overtuigender te maken.

1.1.4 *In de klassieke opvatting hangt de overtuigingskracht van emoties samen met het causale verband tussen de bestanddelen van een emotie (Hoofdstuk 3)*

Voor Aristoteles heeft in *Retorica* de grondslagen van de retorica uitgewerkt en zich op een theoretisch niveau beziggehouden met emotionele overtuigingsmiddelen. Zijn emotie begrip bevat drie bestanddelen: een opvatting over een object, een lichamelijk gevoel en gedrag. Tussen deze bestanddelen bestaan causale verbanden. Een geëmotioneerde persoon krijgt een gevoel van last of lust omdat hij een bepaalde opvatting heeft over een gebeurtenis of een persoon. Zijn gedrag is er dan op gericht de gevoelens van pijn te verminderen en die van lust te verlengen. Deze trits van reacties vormen samen een emotionele beleving. In het emotiebegrip van Aristoteles – dat wat minder expliciet ook bij Cicero is terug te vinden – heeft een emotie een rationele component. Emotioneel gedrag is immers een gevolg van een gevoel dat ontstaat door een gedachte, een opvatting over de werkelijkheid.

Uitgaande van deze opvatting van emoties is het ook begrijpelijk dat de klassieke retorici zo veel waarde hechten aan de emotionele overtuigingsmiddelen. Zij bieden de pleiter de mogelijkheid om invloed uit te oefenen op het gedrag van de toehoorder en aangezien oordelen een vorm is van gedrag, zal de pleiter invloed kunnen uitoefenen op het oordeel van toehoorders. Deze invloed is tamelijk voorspelbaar en direct. Elke emotie kent zijn eigen opvatting en een daarbij behorend gevoel; zoals schaamte een gevoel is van pijn die ontstaat door gebeurtenissen die schande brengen over de betrokkene of zijn naasten; woede een met pijn gepaard gaande drang tot wraak is die ontstaat door een blijk van geringschatting. De spreker hoeft bij zijn toehoorder alleen een mening te laten postvatten – jullie worden geringschat, jullie worden te schande gemaakt – en de rest volgt vanzelf. De toehoorder krijgt een bepaald (voorspelbaar) lichamelijk gevoel en zal dus bepaald (voorspelbaar) gedrag vertonen ofwel een bepaald oordeel vellen. Het is duidelijk dat een spreker die dit emotionele palet beheerst overtuigender is omdat hij de reactie van de toehoorder in de hand heeft.

Cicero sluit zich bij Aristoteles' opvatting aan dat een emotie een gevoels-toestand is die ontstaat door een opvatting over de werkelijkheid, maar wat betreft het effect is hij het niet helemaal eens met Aristoteles. Emoties kunnen, volgens Cicero, ook verwarring scheppen. De overtuigingskracht van emoties is dan niet dat ze bij de toehoorder een voorspelbaar oordeel uitlokken, maar dat ze de toehoorder in verwarring brengen, zodat de spreker het heft in handen heeft en de toehoorder uit zijn verwarring kan leiden.

1.1.5 *Het emotiebegrip van Aristoteles en dat van cognitieve emotietheorieën omvatten dezelfde bestanddelen (Hoofdstuk 4)*

Er is geen algemeen aanvaarde cognitieve emotietheorie, maar er bestaan verschillende theorieën die ieder hun eigen emotiebegrip hanteren. De cognitieve emotietheorieën hanteren elk een emotiebegrip waarbij twee bestanddelen noodzakelijk zijn. Ten eerste het bestanddeel dat de geëmotioneerde de inschatting maakt dat een situatie in de wereld voor haar van waarde is; en ten tweede dat dit gepaard gaat met een gedragsneiging. Dit laatste betekent niet dat een emotionele beleving altijd gepaard gaat met gedrag, maar met de bereidheid om actie te ondernemen, om een bedoeling te verwezenlijken. Sommige schrijvers noemen dit de motiverende functie van emoties.

Waar de cognitieve emotietheorieën het niet over eens zijn is of het gevoel een noodzakelijk bestanddeel van een emotie is en wat het verband is tussen de bestanddelen van een emotie. In het door mij gehanteerde complexe emotiebegrip is het lichamelijke gevoel geen noodzakelijk bestanddeel van een emotie, maar het *waarderende gevoel* wel. Dit *waarderende gevoel* is – in tegenstelling tot het lichamelijke gevoel – op het emotionerende object gericht. De mens schat de wereld in met zijn verstand en met zijn gevoel, naast inschatten is er sprake van invoelen. Door het inschatten wordt de gebeurtenis in verband gebracht met de kennis van de geëmotioneerde, door het invoelen wordt deze in verband gebracht met andere belevingen van de geëmotioneerde. Het *waarderende gevoel* maakt dat een emotionele beleving van een situatie iets anders is dan denken over een situatie, net als de ervaring van de gebeurtenis zelf iets anders is dan een foto van een gebeurtenis.

De complexe emotietheorie hanteert een emotiebegrip dat overeenkomsten heeft met dat van Aristoteles. Beide onderscheiden drie bestanddelen: een waarderende overtuiging, een gevoel en een gedragsneiging. Het verschil is dat Aristoteles waarschijnlijk een lichamenlijk gevoel bedoelde en dat in de moderne opvatting een *waarderend gevoel* wordt bedoeld.

1.1.6 *In de cognitieve emotietheorieën berust de overtuigingskracht van emoties niet op de causale relatie tussen bestanddelen van emoties, maar op hun functie bij de informatieverwerving en – verwerking (Hoofdstuk 4)*

Een emotie bestaat dus uit een waardeoordeel, *waarderend gevoel* en een gedragsneiging. In de cognitieve opvatting zijn de relaties tussen de bestanddelen van een emotie geen causale relaties, maar betekenisrelaties. Dit wil zeggen dat de bestanddelen elkaar van betekenis voorzien, waardoor er sprake is van wisselwerking en terugkoppeling. De relaties tussen de bestanddelen zijn in de moderne opvatting veel complexer dan Aristoteles dacht en ze zijn individueel bepaald door de persoonlijke geschiedenis van het subject van emoties. Dit betekent dat een emotionele beleving van een toehoorder niet

leidt tot voorspelbaar gedrag, zodat er een andere uitleg moet zijn voor de invloed die de toehoorderemotie heeft op zijn oordeel.

Uit de cognitieve emotietheorieën is inderdaad een andere verklaring af te leiden voor de overtuigingskracht van emoties en dat is de functie die een emotionele beleving heeft voor of bij de informatieverwerving en -verwerking. Niet alleen de waarneming en het verstand leveren kennis op, maar ook een emotionele beleving levert kennis op van een eigen aard. Een emotionele beleving biedt het subject kennis met een persoonlijke inhoud en put uit een persoonlijke niet-talige bron van 'belevingskennis'. Emotionele kennis omvat: (i) normatieve kennis: kennis over de waarden en de belangen die het subject hanteert en over de waarden en belangen die in een bepaalde situatie spelen; (ii) empathische kennis: kennis over de eigen emoties en dus over de emoties, waarden en belangen van anderen, waardoor er meer begrip kan zijn voor het gedrag van anderen. Naast deze *epistemologische functie* vervullen emoties ook nog een *biologische functie* bij de kennisverwerving en -verwerking. Uit empirisch onderzoek blijkt dat een emotionele beleving aspecten van een situatie uitlicht (schijnwerperfunctie) en dat er een verband bestaat tussen emoties en het kunnen nemen van beslissingen (beslisfunctie).

De betrouwbaarheid van emotionele kennis blijkt niet minder groot te zijn dan die van verstandelijke kennis of kennis die door waarneming ontstaat. Geen van de kennisbronnen blijkt op zichzelf deugdelijke kennis op te leveren, maar steeds zullen de inzichten verworven door de ene bron getoetst moeten worden aan inzichten uit de andere bron om betrouwbare kennis op te leveren.

1.2 *Naar moderne inzichten kan een beroep op de emoties van de rechter helpen om hem te overtuigen*

1.2.1 *Cognitieve beslistheorieën tonen aan dat het belang van de 'juridische rationaliteit' bij de oordeelsvorming relatief is, omdat emoties een belangrijke rol spelen (Hoofdstuk 5)*

De meeste rechterlijke oordelen kunnen opgevat worden als complexe onzekere beslissingen, omdat het beslissingen zijn waarbij informatie over verschillende aspecten van het probleem geïntegreerd moet worden tot een eindoordeel (complex) en er geen objectief criterium is aan de hand waarvan bepaald kan worden wat de beste oplossing is (onzeker). Om dit type beslissingen te rationaliseren heeft de psychologie beslismodellen ontwikkeld. In de beslispraktijk blijken deze modellen echter geen soulaas te bieden. In de praktijk blijken beslissingen door toepassing van de modellen nauwelijks beter noch beter voorspelbaar te worden.

Onderzoek toont aan dat er twee verklaringen zijn voor de discrepantie tussen de beslismodellen en de beslispraktijk. De eerste is dat bij de

oordeelsvorming twee mentale processen zijn betrokken, een intuïtief en een deliberatief proces. Het intuïtieve proces is onbewust, niet-talig en associatief, het verloopt snel en automatisch. Het deliberatieve proces verloopt bewust, is talig en analytisch, het verloopt langzaam en kost moeite. Het intuïtieve proces verloopt sneller dan het deliberatieve proces. Alleen tijdens het intuïtieve proces is de niet-talige stilzwijgende kennis toegankelijk, het verloopt onbewust en dringt als een emotie tot het bewustzijn door. Voor oordelen over recht en onrecht is deze emotie het rechtsgevoel. In het rechtsgevoel is dus de niet-talige kennis van de geëmotioneerde vervat. Het deliberatieve proces nuanceert, bevestigt of corrigeert het intuïtieve oordeel (het rechtsgevoel). Het deliberatieve proces toetst het intuïtieve oordeel aan de regels en criteria uit het normensysteem.

Dit is niet hetzelfde als het onderscheid tussen de heuristische (zoekfase) en de legitimatiefase (rechtvaardigingsfase) dat in de rechtstheorie gebruikelijk is. Het onderscheid tussen de heuristische en de legitimatiefase is gebaseerd op hegemonie van de juridische rationaliteit, op de gedachte dat overtuigen evenals het oordelen en het legitimeren enkel plaats kan vinden met behulp van juridische argumenten. In de heuristische fase blijkt een dubbel-beslisproces plaats te vinden, waarin de rechter zich een oordeel vormt met behulp van een complexe wisselwerking tussen intuïtieve en deliberatieve processen. Ik noem dit de *oordeelsfase*. Daarna volgt geen legitimatiefase maar een fase waarin de rechter probeert zijn oordeel aanvaardbaar te maken voor de verschillende publieksinstanties die hij moet bedienen: de partijen, waarvan er een verliest, de beroepsgenoten en de media en het grote publiek. Ik noem dit de *retorische fase*. Het dubbel-beslismodel toegepast op de rechterlijke oordeelsvorming laat zien dat het in de oordeelsfase gaat om een zoektocht naar een overtuigend oordeel en niet om een zoektocht naar een aanvaardbare legitimatie. Pas als het oordeel geveld is, breekt de retorische fase aan waarin de rechter zijn oordeel aanvaardbaar maakt voor de verschillende publieksinstanties. Niet door het zoekproces rationeel te reconstrueren, maar door zijn publiek met goede rationele en emotionele argumenten te overtuigen dat dit een aanvaardbare oplossing is.

Vooraf tijdens het intuïtieve proces maken mensen gebruik van cognitieve en van emotionele vuistregels. Vuistregels maken het mogelijk om snel complexe problemen op te lossen en te bepalen welk gedrag het beste past, maar kunnen tot valkuilen verworden en tot verkeerde conclusies leiden. Cognitieve vuistregels/valkuilen zijn uitgebreid onderzocht en er zijn er inmiddels veel beschreven (zie bijlage 2). Van de emotionele vuistregels/valkuilen zijn er eigenlijk maar twee beschreven: de ‘voelt goed’-regel: de beslissing wordt gebaseerd op wat ‘goed voelt’. Bij ervaren professionals blijkt deze vuistregel vaak goed te werken. Ervaren artsen blijken pas nader onderzoek te gaan doen als bij een patiënt het gangbare patroon verstoord wordt waardoor

een diagnose niet goed voelt. De vuistregel wordt een valkuil als men iets gelooft omdat het goed voelt en bewijs voor het tegendeel negeert. De tweede emotionele vuistregel/valkuil is de emotionele lading-regel. Het blijkt dat de emotionele gesteldheid van de persoon die informatie verwerft of verwerkt van invloed is op de informatie die hij vergaart en de wijze waarop hij deze verwerkt. Zo zal iemand die tevreden is eerder positieve informatie verzamelen, zal hij informatie die hij verzamelt eerder positief waarderen.

De analyse van het rechterlijk oordeel met behulp van cognitieve beslismodellen leidt tot de conclusie dat het rechterlijke oordeel niet alleen rationeel is, maar ook intuïtief en dat het rechtsgevoel een belangrijke rol speelt. Bovendien maken rechters net als andere beslissers bij hun oordeelsvorming gebruik van cognitieve en emotionele vuistregels. Vuistregels werken vaak goed, maar kunnen ook leiden tot verkeerde oordelen.

1.2.2 Rechterlijke emoties zijn van invloed op de oordeelsvorming (Hoofdstuk 5)

Emoties spelen een rol bij de oordeelsvorming zodra de belangen en waarden van de beslisser bij de oordeelsvorming zijn betrokken. Uit empirisch onderzoek blijkt dat rechters in hun werkzame leven een set waarden ontwikkelen waar hun taakvervulling aan moet voldoen. Deze set waarden destilleert elke rechter uit de waarden van de taakomgeving, uit persoonlijke waarden en uit de culturele waarden. Deze set waarden en belangen kunnen emoties oproepen die samenhangen met de taak van de rechter. Daarnaast heeft ook een rechter natuurlijk een persoonlijke set waarden. De waarden en belangen die in een zaak spelen kunnen resoneren met de waarden die de rechter persoonlijk hanteert. Zodra de rechter inschat dat deze waarden onder druk staan, of juist dat deze waarden gerealiseerd kunnen worden beleeft hij een emotie.

1.2.3 De overtuigingskracht van emoties is gebaseerd op hun functie bij de informatieverwerving en -verwerking

In Hoofdstuk 5 heb ik een theorie ontwikkeld voor de invloed van emoties op de oordeelsvorming (§3.1). Om de oordeelsvorming te kunnen beïnvloeden moet de emotie zich voordoen tijdens de oordeelsvorming (onmiddellijke emotie). Dit kan doordat de rechter een emotie ondergaat die losstaat van de zaak waarin hij moet oordelen, hij heeft bijvoorbeeld ruzie thuis of is geïrriteerd door parkeerproblemen; hij kan een emotie ondergaan die impliciet is aan de zaak of de taak die hij daarin moet verrichten; de emotie kan ontstaan wanneer hij denkt aan de mogelijke uitkomsten; de emotie ontstaat tijdens de oordeelsvorming omdat het intuïtieve oordeel wordt doorgegeven aan het bewustzijn. Dit zijn vier manieren waarop een onmiddellijke emotie kan ontstaan. Daarnaast kunnen emoties van invloed zijn op de oordeelsvorming die de rechter verwacht te ondergaan als een uitkomst zich realiseert, maar deze verwachte emotie leidt niet tot een onmiddellijke emotie.

Een onmiddellijke emotie vervult bij de oordeelsvorming een epistemologische en/of een biologische functie. Epistemologische functie van emoties leidt tot emotionele kennis over de belangen, waarden en emoties die de rechter hanteert, die in deze situatie spelen en die voor de betrokkenen van belang zijn. Biologische functie leidt tot aandacht en wijst op de kenmerken van de situatie die van belang zijn voor de beslisser. Deze functies van emoties kunnen effect hebben op het oordeel door (i) de emotionele kennis die beschikbaar komt, (ii) door de invloed die ze hebben op de informatie die wordt verzameld en de wijze waarop dit gebeurt en waarop de informatie wordt verwerkt, (iii) door de invloed die ze hebben op de manier waarop de situatie wordt ingeschat, (iv) door de invloed die ze hebben op de waardering van de mogelijke uitkomsten, en (v) door de eventuele valkuilen waar de beslisser in valt. Op deze manier kunnen de emoties van de rechter het oordeel op een positieve of een negatieve manier beïnvloeden.

1.3 *Onder voorwaarden mag de oordeelsvorming worden beïnvloed door rechterlijke emoties*

1.3.1 *De positieve effecten van betrokken oordeelsvorming wegen op tegen de negatieve (Hoofdstuk 5 en 6)*

- Van *betrokken oordeelsvorming* is sprake als de emotionele kennis van beslisser van invloed is op de oordeelsvorming, omdat zijn passende emoties/belangen bij de kwestie zijn betrokken.
- Passende emoties komen voort uit de zaak of de daarbij behorende taak. Dit betekent dat alleen emoties die voortkomen uit: de impliciete bron, uit de intuïtie en uit de gevoelde verwachtingen kunnen onmiddellijke emoties opleveren die passend zijn.
- Een positief effect van rechterlijke emoties is dat ze leiden tot *betrokken oordeelsvorming* waardoor emotionele kennis bij het oordeelsvorming wordt betrokken, waarin alle talige en niet-talige kennis is vervat die de rechter heeft opgedaan in zijn (werkzame) leven.
- Het gebruik van emotionele vuistregels in de intuïtieve fase kunnen de rechter op het verkeerde been zetten en de emotionele staat van een beslisser kan de zorgvuldigheid van de informatieverwerving en -verwerking beïnvloeden (Hoofdstuk 5).
- Het negatieve effect van emotionele vuistregels is minder omvangrijk dan het negatieve effect van cognitieve vuistregels/valkuilen. En, de invloed van emoties op de zorgvuldigheid van informatieverwerking is nog niet vastgesteld voor de professionele beslisser en kan waarschijnlijk gecorrigeerd worden wanneer de beslisser emotioneel lucide is.

1.3.2 *Rechterlijke emoties bedreigen de kwaliteit van de oordeelsvorming niet op voorwaarde dat juristen aandacht besteden aan hun oordeelskundigheid (Hoofdstuk 6)*

Of rechterlijke emoties de oordeelsvorming mogen beïnvloeden is afhankelijk van de vraag of ze de kwaliteit van het oordeel negatief beïnvloeden. Om de kwaliteit van de oordeelsvorming te bepalen, maak ik gebruik van de eisen die de rechtzoekenden aan de rechterlijke oordeelsvorming stellen. Deze eisen heb ik gedestilleerd uit empirisch onderzoek dat door anderen is verricht. De oordeelsvorming moet objectief, dit omvat onpartijdig, onafhankelijk en neutraal, rechtvaardig en moet deskundig zijn. Onder deskundigheid verstaat men niet alleen juridische deskundigheid, maar ook kundig in het leiden van de zitting, oordeelskundig, en hij moet over mensenkennis en empathisch vermogen beschikken. Hiernaast stelt men de eis dat het oordeel goed gemotiveerd is.

- De objectiviteit is gewaarborgd. Oordeelsvorming waarbij de emoties en de belangen van een rechter zijn betrokken (*betrokken oordeelsvorming*) kan tot partijdigheid leiden, waardoor de eis van de objectiviteit wordt geschonden. Volgens de *Leidraad onpartijdigheid van de rechter* – in navolging van de jurisprudentie van de Hoge Raad en het Europese Hof voor de Rechten van de Mens – is er pas sprake van partijdigheid als uitzonderlijke omstandigheden zijn ‘die zwaarwegende aanwijzingen opleveren dat de rechter vooringenomenheid koestert, althans dat de dienaangaande bestaande vreesobjectief gerechtvaardigd is’. Er wordt een subjectieve en een objectieve toets gehanteerd. Een *betrokken oordeel* zal de objectieve toets (zijn er vaststaande feiten, die los van het gedrag van een specifieke rechter een objectief gerechtvaardigde vrees wekken dat deze rechter partijdig is) op dezelfde manier doorstaan als een afstandelijk, niet-betrokken oordeel. Problemen zouden kunnen ontstaan bij de subjectieve toets (heeft een specifieke rechter een persoonlijke overtuiging en/of zodanig gedrag vertoont dat de verzoeker concludeert dat deze rechter(s) partijdig is). Hiervan is pas dan sprake als de rechter persoonlijke belangen laat meewegen die niet relevant zijn voor de zaak of de taak van de oordeelsvorming staan. De eis van de onpartijdigheid bepaalt dus dat alleen de belangen mee mogen wegen bij *betrokken oordeelsvorming* die én niet persoonlijk zijn én niet relevant voor de zaak en de taak.
- Rechtvaardigheid en betrokken oordeelsvorming zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden. De rechter laat zich bij het oordeel min of meer leiden door zijn opvatting van rechtvaardigheid, omdat het rechtsgevoel als anker fungeert voor de besluitvorming. Dit rechtsgevoel bevat alle kennis die de rechter in zijn (beroeps)leven heeft verzameld, zodat betrokken oordeelsvorming is ingebed in de juridische kennis en de beroepspraktijk van de rechter. Of de rechtzoekende de uitkomst als rechtvaardig ervaart, is

voor een deel afhankelijk van de rechtvaardigheid van de procedure en voor het overige afhankelijk de interactionele rechtvaardigheid. Het ideaal van de procedurele rechtvaardigheid omvat kwaliteitseisen die worden gewaarborgd door artikel 6 EVRM. Wanneer betrokken oordeelsvorming plaatsvindt onder invloed van passende emoties zal de emotionele betrokkenheid van de rechter geen inbreuk maken op deze eisen. Het ideaal van de interactionele rechtvaardigheid stelt het gedrag van de rechter tijdens de procedure centraal. Een emotioneel betrokken rechter zal zich beter in kunnen leven in de situatie van de partijen, zowel in hun conflict, als tijdens de procedure. Hierdoor zal betrokken oordeelsvorming de interactionele rechtvaardigheid bevorderen.

- De deskundigheid moet uitgebreid worden. Onder de noemer van de deskundigheid gaat een aantal tegenstrijdige eisen schuil. De rechter moet juridisch deskundig zijn, analytisch vermogen hebben, onafhankelijk, afstandelijk en onkreukbaar zijn. Tegelijkertijd moet hij mensenkennis en empathisch vermogen hebben en betrokken zijn. Voor de laatste twee eisen is emotionele kennis noodzakelijk. Zo vereist empathie niet alleen dat de rechter zich kan verplaatsen in de situatie van de betrokkenen, maar ook dat hij kan invoelen hoe het voelt om in die situatie te verkeren.

Uit het onderzoek blijkt dat rechters net als andere beslissers bij complexe, onzekere beslissingen gebruik te maken van vuistregels en daardoor het risico te lopen om in valkuilen te vallen. In de opleiding van juristen, advocaten en rechters wordt echter nauwelijks aandacht besteed aan het proces van oordeelsvorming, laat staan aan kennis over vuistregels en valkuilen.

Ook de emotionele luciditeit van de jurist laat te wensen over. Emoties blijken pas bestuurbaar als de geëmotioneerde zich bewust is van de emotie. Meestal zijn we ons die alleen irreflexief bewust, dit wil zeggen dat onze aandacht niet op onze emotie gericht is, waardoor we er niet over kunnen reflecteren, maar dat onze aandacht gericht is op wat we aan het doen zijn (zie Hoofdstuk 4). Het vereist oefening om eigen emoties te duiden. Pas als juristen dit kunnen zullen ze de emoties van de rechtszoekende kunnen herkennen en invoelen en in staat zijn tot zelfcorrectie, kunnen ze valkuilen voorkomen, kunnen ze de emotionele overtuigingsmiddelen gebruiken. Pas dan zullen ze de emotionele kennis optimaal kunnen benutten. En, mensen die in staat zijn hun emotionele kennis te benutten, zijn beter in staat het effect van emoties op hun oordeel te reguleren.

1.4 *De klassieke adviezen voor het gebruik van emotionele overtuigingsmiddelen zijn geschikt te maken voor de moderne rechtspleging*

1.4.1 *Adviezen voor het gebruik van emotionele overtuigingsmiddelen (Hoofdstuk 7)*

- Het doel van het gebruik van emotionele overtuigingsmiddelen is om de rechter uit te nodigen tot een *betrokken oordeelsvorming*, zodat hij bij de kwestie betrokken wordt, wil luisteren en zijn emotionele kennis wil gebruiken. Om dit doel te bereiken moet de pleiter zich op zijn toehoorder(s) richten. Het liefst zou hij moeten zien te achterhalen hoe de betrokken rechter in het verleden in vergelijkbare gevallen heeft geoordeeld, voor welke argumenten hij gevoelig is, welk gedrag hij het liefst bij een pleiter ziet. Wanneer dit soort informatie niet te achterhalen is, zal hij zijn pleidooi moeten voorbereiden met in zijn hoofd wat rechters in het algemeen van een pleidooi verwachten: een korte samenvatting van de kwestie en informatie die relevant is en de rechter nog niet uit het dossier kent, en daarnaast zal hij rekening moeten houden met de andere belangrijke toehoorders: zijn cliënt, het OM of de wederpartij. Tijdens zijn pleidooi zal de pleiter steeds de reactie van de rechter moeten peilen en dan daarop reageren, zoals Cicero zegt: ‘het gezicht van de rechter als stuurman van de pleiter’.
- De overtuigingsmiddelen zijn gelijkwaardig, dus zal de pleiter zich tijdens de voorbereiding bij elk onderdeel van het pleidooi moeten afvragen welk overtuigingsmiddel hij waar het beste kan gebruiken. Vooral het feitenrelaas in de uiteenzetting leent zich bij uitstek voor een dramatische karaktertekening.
- De emoties die de pleiter gebruikt, moeten passende emoties zijn, zie hierboven §3.3. Passendheid vereist ook proportionaliteit: geen sterke emoties oproepen bij futiele kwesties, en het taalgebruik moet ten dienste staan van de emotionele strategie.

1.4.2 *Adviezen voor het gebruik van ethos door de pleiter (Hoofdstuk 7)*

Doel van ethos is de geloofwaardigheid van de pleiter en de sympathie voor de cliënt. Om geloofwaardig over te komen moet de pleiter volgens de klassieke adviezen gezond verstand, voortreffelijk karakter en goede wil tonen. Naar moderne begrippen kan ‘gezond verstand’ blijken door: goed geïnformeerd, systematisch, analytisch, weloverwogen en welbespraakt over te komen. Voor ‘voortreffelijk karakter’ bieden de Gedragsregels 1992 en de kernwaarden die de Commissie Van Wijmen heeft geformuleerd houvast: een goed pleiter moet waarachtig, professioneel en loyaal zijn. ‘Goede wil’ vereist een welwillende houding tegenover alle betrokkenen in de procedure.

1.4.3 *Adviezen voor het gebruik van pathos door de pleiter (Hoofdstuk 7)*

- Doel van pathos is dat de rechter het gevoel krijgt dat zijn eigen belangen en waarden op het spel staan, zodat hij door een emotionele beleving zijn emotionele kennis activeert. Dus doel is de rechter uit te nodigen tot *betrokken oordeelsvorming*.
- Gebruikmaken van passende emoties betekent dat de emoties uit de feiten van de zaak moeten voortvloeien of uit de taak die de rechter in deze zaak heeft of door te wijzen op de maatschappelijke, ethische of persoonlijke consequenties van de mogelijke beslissingen.
- Om emoties te wekken, moet de pleiter ze zelf ondergaan. Dit betekent niet dat de pleiter zich als een acteur moet gedragen, zoals de klassieke auteurs voorschrijven, maar dat de pleiter zich als een acteur in de positie van zijn cliënt moet inleven om te achterhalen hoe hij zich zou voelen als hij in die positie verkeerde. De pleiter heeft – net als de rechter – een plicht tot empathie.

1.4.4 *Adviezen voor het gebruik van ethos en pathos door de rechter (Hoofdstuk 7)*

De kwaliteitseisen die de rechtzoekenden aan het rechterlijk oordeel stellen, zouden maatgevend zijn voor de aanvaardbaarheid van het gebruik van rechterlijke emoties bij de oordeelsvorming. Naast objectiviteit en deskundigheid eisen zij een goede motivering. Zij eisen echter een motivering die niet alleen gebaseerd is op juridische argumenten. Zij eisen dat de rechter zich als een retoricus gedraagt en in zijn motivering de emoties erkent die voor hen bij de zaak betrokken zijn. Ook de rechter zal in zijn motivering gebruik moeten maken van emotionele overtuigingsmiddelen.

- De rechter zal de motivering beter toe moeten snijden op de toehoorder. Hij heeft echter verschillende publieksinstanties. Voor de beroepsgenoten is een motivering die – zoals nu gebruikelijk is – enkel is gebaseerd op de juridische rationaliteit (logos) afdoende. Voor de partijen en voor het grote publiek (de media) zal de motivering retorischer moeten worden. Uit onderzoek blijkt namelijk dat burgers niets moeten hebben van die juridische rationaliteit. Deze kloof tussen burger en de rechtspraak kan gedicht worden door de motivering meer aan te passen aan de leefwereld van de burger. Het eerste vereiste is dat de rechter goed uitzoekt waar het de burgers om gaat, omdat juristen met hun selectie en kwalificatie van de feiten een wereld scheppen die losstaat van die van de burgerpartijen. De tweede mogelijkheid om de motivering naar de leefwereld van de burger te buigen is om meer aandacht te schenken aan het verhaal van de verliezer. Wanneer de verliezer zich serieus gehoord voelt, kan hij zijn verlies gemakkelijker accepteren. Een derde eis is dat de emoties die betrokken zijn bij de zaak door de rechter worden erkend. Met behulp van de

emotionele overtuigingsmiddelen moet de rechter zijn *betrokkenheid* laten doorklinken.

- Ethos is het beeld dat het publiek zich van de rechter vormt. Dit ontleent de rechter voor een deel aan het algemene vertrouwen in de rechtspraak en voor zijn eigen optreden kan hij zich laten leiden door dezelfde eisen als de pleiter: gezond verstand, voortreffelijk karakter en goede wil.
- Pathos zal de rechter op een andere manier moeten gebruiken dan de pleiter. De pleiter wil emoties bij zijn toehoorder opwekken. Maar, dat wil de rechter niet. De rechter wil de emoties van de toehoorder (de partijen, het grote publiek) erkennen. De plicht van de rechter tot empathie bevat niet alleen zijn gedrag op de zitting en de bejegening van partijen, maar ook de motivering.

2. Wat heeft het onderzoek verder opgeleverd?

2.1 *De invloed van emoties op het oordeel is onvermijdelijk*

Een emotie ontstaat in situaties waarbij de belangen van de geëmotioneerde betrokken zijn. Hierbij gaat het om de belangen die voortkomen uit het persoonlijke waardepakket dat iemand door te leven en te werken ontwikkelt. In een emotionele beleving komen denken, voelen en handelen samen. Al denkende en voelende definieert de geëmotioneerde de wereld om hem heen en handelt daar naar. Een emotionele beleving levert oorspronkelijke kennis op die even waardevol is als de kennis die het denken en het waarnemen opleveren. De eigen aard van emotionele kennis is tweeledig: enerzijds is het kennis over wat voor het subject van waarde is en over welke waarde dat object dan voor het subject heeft, anderzijds resoneert een emotionele beleving met eerdere vergelijkbare belevingen en de niet-talige kennis die deze hebben opgeleverd. Emoties zijn geen redeloze agitatie, maar zijn gevoelde gedachten (Hoofdstuk 4).

Een jurist moet bij de uitleg van de feiten en van het recht allerlei keuzes maken. Een keuze veronderstelt een oordeel. Een jurist oordeelt dan over wat het recht betekent voor situaties in de wereld om iemand heen. Wanneer bij dit oordeel eigen belangen – voortkomend uit het persoonlijke waardepakket – zijn betrokken, wekt dit emoties bij de beoordelaar op. Bij juridische oordelen zijn vaak veel waarden betrokken, ook waarden die tot het persoonlijke waardepakket van de beoordelaar behoren zoals ethische, juridische, politieke en sociale waarden. Wanneer deze waarden gerealiseerd of gefrustreerd (dreigen te) worden, beleeft de jurist een emotie waardoor denken, voelen en handelen samenkomen. Al denkend gebruikt hij talige kennis over het recht, al voelend gebruikt hij niet-talige kennis over de toepassing van het

recht opgedaan door ervaringen in het verleden en deze kennis noopt hem te handelen door op een bepaalde manier te oordelen. Een juridisch oordeel is onvermijdelijk ook een emotioneel oordeel (Hoofdstuk 4 en 5).

2.2 *Deze conclusie lijkt in strijd met bestaande opvattingen*

Deze conclusie stelt allerlei bestaande opvattingen over het rechterlijk oordeel ter discussie: het rechterlijk oordeel (i) is rationeel, (ii) is objectief en objectieve oordelen zijn beter dan subjectieve, (iii) heeft niets te maken met het individuele rechtsgevoel, (iv) is onpartijdig en emotionele betrokkenheid maakt het partijdig.

2.2.1 *Het juridische oordeel is niet alleen rationeel*

De eerste opvatting dat het juridische oordeel rationeel is, is aanvechtbaar omdat intuïtie en vuistregels ook bij het proces zijn betrokken. Elk oordeel omvat namelijk een intuïtief en een deliberatief proces. Het intuïtieve proces verloopt snel en automatisch door gebruikmaking van vuistregels. Vuistregels bieden eenvoudige handvatten om deelbeslissingen te nemen, zoals als twee zaken veel kenmerken gemeen hebben horen ze waarschijnlijk bij elkaar of nieuwe informatie moet zo veel mogelijk zo geïnterpreteerd worden dat hij in het bestaande wereldbeeld past. Deze vuistregels kunnen valkuilen worden en de beslisser op het verkeerde been zetten. Het deliberatieve proces werkt nauwkeuriger en verloopt daardoor langzamer. Het deliberatieve proces controleert en corrigeert het intuïtieve oordeel, maar het intuïtieve oordeel blijft doorwerken omdat mensen de meeste waarde hechten aan de informatie die ze het eerst ontvangen. Het juridisch oordeel is net als elk ander oordeel helemaal niet zo rationeel. Dat is niet erg omdat de mens beschikt over drie manieren om kennis te verwerven en te verwerken. Naast het denken spelen de waarneming en de emotie een eigen rol bij de kennisverwerving. Hierdoor is een rationeel oordeel een geamputeerd oordeel, een volledig oordeelsproces combineert rationaliteit, emotionaliteit en zintuiglijkheid (Hoofdstuk 5).

2.2.2 *Een subjectief oordeel is beter dan een objectief oordeel*

De tweede opvatting dat het rechterlijk oordeel objectief moet zijn, omdat objectieve oordelen beter zijn dan subjectieve, berust op de misvatting dat subjectieve oordelen zich in de binnenwereld van een mens afspelen en daardoor oncontroleerbaar zijn, terwijl objectieve oordelen door hun overeenstemming met de feitelijke buitenwereld controleerbaar zijn. De scheiding tussen een subjectieve binnen- en een objectieve buitenwereld is echter simplistisch. Het subject neemt immers deel aan de buitenwereld en onderhoudt een voortdurende relatie met de zogenaamd objectieve wereld, waardoor subject en object in wisselwerking staan en de subjectieve en objectieve wereld niet

van elkaar te scheiden zijn. In deze visie is een subjectief oordeel beter dan een objectief, omdat bij een subjectief oordeel alle persoonlijke ervaringskennis helpt om de objectieve wereld van betekenis te voorzien (Hoofdstuk 6).

2.2.3 Het onderscheid heuristische- en legitimatiefase op de helling

Eén van de gevolgen van de relativering van de scheiding tussen binnen- en buitenwereld is dat het onderscheid tussen de subjectieve heuristische en de objectieve legitimatiefase op de helling moet. Dit onderscheid stelt het oordeel te simpel voor. De heuristische fase is niet alleen subjectief. In de oordeelsfase – de fase waarin het oordeel wordt gevormd – staan namelijk persoonlijke en juridische factoren met elkaar in debat, waarbij het subjectieve en het objectieve helemaal niet te scheiden zijn. Zowel in het intuïtieve als in het deliberatieve proces is emotionele en zintuiglijke kennis naast de juridische rationaliteit van belang. Het verschil tussen intuïtie en deliberatie zit niet in de mate van rationaliteit of objectiviteit, maar in de manier waarop de onderscheiden processen verlopen en het feit dat in het intuïtieve proces de niet-talige kennis toegankelijk is.

Ook in de zogenaamde legitimatiefase spelen emotionele factoren naast rationele factoren een belangrijke rol. Daarom heb ik deze fase omgedoopt in de retorische fase. De rechter kan alleen zijn verschillende publieksinstanties – partijen, beroepsinstanties, vakgenoten, het grote publiek – overtuigen als hij erkent dat deze niet allemaal met dezelfde overtuigingsmiddelen te overtuigen zijn (Hoofdstuk 5 en 7).

2.2.4 Het rechtsgevoel in ere hersteld

De derde misvatting is dat het juridische oordeel niets te maken heeft met het individuele rechtsgevoel van de jurist. Het rechtsgevoel speelt een belangrijke rol in de oordeelsfase als boodschapper van het intuïtieve oordeel. Het rechtsgevoel vormt de brug tussen het onbewuste intuïtieve proces en het bewuste deliberatieve proces. Het stelt de jurist in staat om spontaan stelling te nemen in een juridische kwestie en te concluderen of er sprake is van recht of onrecht. Het rechtsgevoel heb ik dan ook vergeleken ‘klinische blik’ van de arts, beide zijn het bewuste resultaat van het intuïtieve proces waarin op een snelle manier associaties worden gelegd en de kenmerken van de concrete situatie worden vergeleken met de ervaring en de kennis van de jurist respectievelijk de arts (Hoofdstuk 5).

2.3 Betrokken oordeelsvorming is gewenst

2.3.1 De invloed van emoties op het oordeel kent twee gezichten

De invloed van de emoties van een beslisser is onvermijdelijk en kan zowel een positief als een negatief effect hebben op het oordeel. Het positieve

effect wordt veroorzaakt door de epistemologische – en de beslisfunctie van emoties, terwijl het negatieve effect voornamelijk ontstaat door de schijnwerperfunctie en door de emotionele vuistregels. Een emotionele vuistregel is bijvoorbeeld: een beslissing is goed als deze goed voelt. Bij de schijnwerperfunctie kunnen emoties de informatieverwerving en -verwerking sturen. De gemoedstoestand is van invloed op de informatie die geselecteerd wordt (het congruentie-effect) en op de zorgvuldigheid waarmee de informatie wordt verwerkt. Zo leidt boosheid tot een gevoel van zekerheid waardoor minder gegevens bij het oordeel worden betrokken en waardoor de beslisser gevoeliger is voor vuistregels en valkuilen (Hoofdstuk 4 en 5).

2.3.2 Betrokken oordeelsvorming bevordert de kwaliteit van de oordeelsvorming
Een rechterlijk oordeel waarbij in de oordeelsfase de emotionele kennis is benut omdat er passende emoties worden beleefd noem ik een *betrokken oordeel*. Aangezien emoties ontstaan wanneer eigen belangen zijn betrokken en niet alle eigen belangen mogen meewegen in de rechterlijke oordeelsvorming, moet worden bepaald wat passende emoties (belangen) zijn. Passende emoties (en dus passende belangen) zijn de emoties (belangen) die voortkomen uit de zaak of de daarbij te verrichten taak.

De kwaliteitscriteria die zijn aangelegd (objectiviteit, deskundigheid en rechtvaardigheid, goede motivering) scheppen een ruimte waarbinnen de voordelen van het gebruik van emoties opwegen tegen de nadelen. *Betrokken oordeelsvorming* heeft onder deze omstandigheden een gunstig effect op de kwaliteit van het oordeel, omdat het waardepakket – dat allerlei geïnternaliseerde (ambachtelijke) waarden bevat – de rechter criteria biedt die bij complexe onzekere beslissingen ontbreken (Hoofdstuk 6).

2.4 Consequenties van de constatering dat emoties bij het rechterlijk oordeel onvermijdelijk en onder voorwaarden zelfs gewenst zijn

2.4.1 Voor de praktijk

Ingelse heeft een aantal consequenties voor de rechtspraktijk opgesomd van de erkenning dat de persoon van de rechter ertoe doet, omdat ‘alleen door inschakeling van de persoon het objectieve recht zijn weg kan vinden naar het concrete geval’. Zijn opsomming onderschrijf ik. Allereerst moet de rechtszekerheid en de rechtseenheid worden gerelativeerd. Wanneer wordt erkend dat de persoon van de rechter van belang is voor zijn oordeel, erkent men ook dat er in vergelijkbare gevallen verschillend geoordeeld kan worden. Dit betekent niet dat de rechtseenheid en rechtszekerheid van ondergeschikt belang zijn, maar dat het belang steeds om voorrang moet strijden met andere belangen bijvoorbeeld het belang dat de rechtzoekende een rechter

van vlees en bloed wil en juist de autonomie van de rechter hoog waardeert.¹ Een tweede consequentie is de toedeling van zaken. Wanneer de oordeelsvorming een persoonlijk proces is, is het belangrijk aan welke rechter een zaak wordt toegedeeld. Hier zouden dan objectieve en vaste regels voor moeten komen, zoals bijvoorbeeld in de Bondsrepubliek Duitsland. Verder noemt hij nog de selectie, maar de selectiecriteria die hij noemt – kritisch, autonoom, zelfbewust, juridische en contactueel, die kunnen ondervragen en luisteren en knopen kunnen doorhakken – lijken me niet de kenmerken die specifiek gelden wanneer men erkent dat de persoonlijke geschiedenis van de rechter van invloed zijn oordeel.²

Aan dit rijtje wil ik nog twee consequenties toevoegen: de motivering en de taak van de rechter. Wanneer de rechter de motiveringsplicht moet opvatten als een retorische handeling, zal hij de motivering moeten toesnijden op de verschillende publieksinstanties die hij moet overtuigen. In Hoofdstuk 7 (§3.1) heb ik drie manieren genoemd om de motivering retorischer te maken: door de motivering meer aan te passen aan de leef- en denkwereld van de burger en aandacht te besteden aan waar het de rechtzoekende werkelijk om te doen is; door in de motivering meer aandacht te besteden aan het verhaal van de verliezer; door tegemoet te komen aan de behoefte van burgers om in de motivering terug te zien dat hun emoties mee gewogen zijn; door empathie in de motivering te tonen door passende emoties te laten doorklinken. Dit betekent dat in de motivering meer nadruk moet liggen op pathetische overtuigingsmiddelen. Het lijkt moeilijk één motivering te schrijven die de verschillende publieksinstanties tegelijkertijd bedient en voldoet aan de eisen die de juridische rationaliteit stelt én aan de hierboven genoemde eisen. Daarom zou ik willen voorstellen om de huidige motiveringspraktijk te handhaven en voor de verschillende partijen en voor de media te werken met een bijsluiters. Deze bijsluiters hoeven niet door de rechters zelf te worden geschreven, zodat de werklust niet toeneemt. In de bijsluiters zou meer uitgelegd kunnen worden (zoals nu al vaak een toelichting wordt gegeven bij uitspraken die veel mediabelangstelling trekken, maar dit zou veel systematiseren en proactief moeten gebeuren) en zou de motivering van de beslissing toegesneden kunnen worden op het betreffende publiek. Het zou in ieder geval de kwaliteit van de rechtspraak verbeteren en een belangrijke reden voor de kloof dichten.³

De laatste consequentie van de in dit boek ontwikkelde visie is dat de taak van de rechter-geschilbeslechter of conflictoplosser (zie voor het onderscheid

1 Boutellier & Lünemann 2007, 49.

2 Ingelse 2010.

3 Elffers & Keijser 2004, 68-69. Noemen als de belangrijkste reden voor de kloof dat rechters onvoldoende uitleggen, zowel de ondervraagde rechters als de ondervraagde burgers waren het met deze stelling eens (score van bijna 6 op een schaal van 7).

Hoofdstuk 5 §1.2) – conflictoplosser zou moeten zijn. Dit punt raakt aan het vorige. Wanneer de taak van de rechter wordt omschreven als conflictoplosser en hij ook dient na te gaan of met de voorgenomen beslissing in het geding ook de conflictoplossing is gediend, dan rijzen er vragen over de autonomie van partijen en de bevoegdheid van de rechter, over welke belangen nog wel binnen het juridische kader meegewogen kunnen worden en welke echt niet meer, hoe actief de rechter mag zijn, en zo meer. Dit is onderwerp van discussie (geweest) in het civiele proces omdat daar de rechter moet beslissen of hij vonnis wijst, of een schikkingsvoorstel zal doen of zal verwijzen naar mediation. Deze vraag speelt volgens mij echter veel breder, in andere rechtsgebieden en op andere momenten in de procedure. Eigenlijk lijkt het me tijd om – in het kader van de responsieve rechtpraak – deze discussie in den brede te voeren. Responsiviteit vereist immers een rechtpraak waarin aan de ene kant de rechtzoekende een oplossing krijgt voor de problemen die hij voorlegt en ziet dat de belangen en emoties meewegen die voor hem of haar werkelijk belangrijk zijn, zonder dat aan de ander kant de rechter buiten zijn juridische taak treedt en de taak van een maatschappelijk werker of een psychotherapeut krijgt toegeschoven.

2.4.2 Voor het onderwijs

De in dit boek ontwikkelde benadering heeft vergaande consequenties voor het juridische onderwijs. In Hoofdstuk 6 heb ik al aangegeven dat de deskundigheid van de jurist in het algemeen en de rechter in het bijzonder leemten vertoont. Hij schiet tekort in kennis van het proces van oordeelsvorming en in emotionele luciditeit. In de opleiding van juristen zou meer aandacht moeten worden besteed aan de theorie van de oordeelsvorming, opdat juristen leren dat als zij oordelen intuïtie en rechtsgevoel een rol spelen en wat daarvan de voor- en de nadelen zijn; dat zij net als andere beslissers gebruikmaken van cognitieve vuistregels en dat er middelen zijn om te voorkomen dat vuistregels valkuilen worden. Er zou in de opleiding meer aandacht moeten zijn voor de emotionele luciditeit vereist kennis over de vuistregels en valkuilen die voortkomen uit de onmiddellijke emotie en de wijze waarop deze gecorrigeerd kunnen worden. Alleen iemand die zich bewust is van de veranderingen in zijn emotionele beleving kan zich afvragen of hij deze emotie wel aan het juiste object heeft toegeschreven en kan zichzelf corrigeren.⁴ Om emotioneel-lucide te worden, zullen juristen meer kennis moeten verwerven over de verschillende emoties en hun betekenis, en over de overeenkomsten en verschillen tussen de verschillende emotionele belevingen. Alleen als

4 In de psychologie is de laatste decennia het onderzoeksterrein van de emotieregulatie populair geworden. Hier bestudeert men hoe een individu de emotie die hij beleeft beïnvloedt, wanneer iemand emoties heeft, en hoe iemand emoties beleeft en uit. Zie voor een overzicht van dit onderzoeksterrein Gross 2007.

mensen die complexe beslissingen moeten nemen emotioneel-lucide zijn, kunnen ze de noodzakelijke zelfcorrectie toepassen en de kans op emotionele valkuilen verminderen.⁵

De juridisch opleidingen zullen de taak op zich moeten nemen om de oordeelskundigheid van juristen te verbeteren. Zoals ik in Hoofdstuk 5 al heb aangestipt worden in het huidige juridische onderwijs het individuele rechtsgevoel van de jurist, een notie als rechtvaardigheid, de aandacht voor de emoties van de betrokkenen en de sociale context waarin het recht functioneert genegeerd en leren studenten om de 'juridische rationaliteit' te laten prevaleren en zich te concentreren op geschilbeslechting als enige manier om conflicten op te lossen.⁶ Terwijl er in de opleiding van juristen nauwelijks aandacht is voor het voorkómen van conflicten met behulp van juridische middelen (bijvoorbeeld door wetgeving, opstellen van contracten en statuten, en door onderhandelen).

Wanneer de opleiding aandacht aan de rechtspraak besteedt, zou daarbij niet alle aandacht uit moeten gaan naar het oplossen van casus die zijn ontstaan van alle elementen die oordeelsvorming in de werkelijkheid complex maken. Ik pleit ervoor om juristen te trainen als oordeelskundigen die in staat zijn om complexe problemen van mensen van vlees en bloed te voorkomen en op te lossen met behulp van juridische middelen. Hiertoe moeten juristen naast de vanzelfsprekende juridische kennis beschikken over retorische kennis, over kennis van het proces van oordeelsvorming, over het vermogen tot *betrokken oordeelsvorming* en over inzicht in eigen emoties en die van anderen, in de ethische en sociale waarden die ten grondslag liggen aan het recht, om te luisteren, om goede vragen te stellen. Aan deze onderwerpen wordt in de huidige opleidingen niet veel aandacht besteed.

Het zal nog heel wat onderzoek en denkwerk vereisen om te achterhalen hoe het studieprogramma aangepast zou kunnen worden aan de noodzaak om juristen oordeelskundig en emotioneel-lucide te maken. Enkele gedachten die bij mij opkomen maar nog tentatief zijn:

- Juristen moeten leren om bij het oplossen van problemen niet meer alleen te vertrouwen op hun analytisch vermogen, maar hun rechtsgevoel bij de

⁵ Blumenthal 2007, 55-57.

⁶ Zie ook Mertz 2007. Mertz heeft als antropologe onderzocht hoe eerstejaarsstudenten aan de Amerikaanse Law Schools leren denken als een jurist. Zij constateert dat rechtenstudenten op een specifieke manier met gezaghebbende teksten leren omgaan, dat zij leren om de feiten van een geval als een nieuwe juridische werkelijkheid weer te geven, dat ze leren mensen te reduceren tot hun rol in de procedure of hun door de juridische doctrine gedefinieerde positie en dat ze leren dat de regels voor juridische argumentatie flexibel zijn, omdat de binding aan de gezaghebbende tekst niet zo sterk is en er geen andere grenzen zijn (waar andere wetenschappers worden gebonden aan experimenten, statistische representativiteit enz). Hierdoor leren de studenten impliciet om instrumentele en technisch juridische argumenten te stellen boven morele ofwel contextafhankelijke argumenten.

oordeelsvorming te betrekken en proberen persoonlijke betrokkenheid te ervaren. Dit zou bevorderd kunnen worden door studenten ook andere vragen te stellen bij het oplossen van juridische problemen, zoals: Wat proberen betrokkenen echt te bereiken, waar gaat het hen om? Welke andere belangen zijn er bij het conflict betrokken? Wat zijn de juridische, politieke, economische, ethische consequenties van de oplossing die de student voorstelt? Kunnen de doeleinden van de partijen met de andere belangen verenigd worden? Zijn er belangen, verwachtingen van mijzelf die een oplossingsrichting uitsluiten of bevoordelen? Zodat studenten niet alleen leren om rekenschap af te leggen van de analytische en juridische redenering die ze hebben gevolgd, maar ook van de intuïties, de eigenbelangen en waarden die ten grondslag liggen aan de keuzes die ze maken.⁷

- Emotionele luciditeit vereist het vermogen om een emotionele beleving te herkennen, te begrijpen en eventueel te corrigeren. Dit vermogen kan iemand alleen ontwikkelen als hij in staat is tot introspectie. Hiervoor zouden juristen bij de opleiding van psychologen te rade kunnen gaan, om na te gaan welke methoden zij hanteren om bij hun studenten het vermogen tot introspectie te stimuleren. De ontwikkeling van het vermogen tot introspectie zou een jurist in staat moeten stellen om in elke context zijn emotionele beleving als bron van informatie te gebruiken. Zodat hij zijn emotionele kennis kan aanwenden in het belang van de kwaliteit van de probleemanalyse, van de bejegening van betrokkenen, van de weerbaarheid tegen emotionele valkuilen en van de kwaliteit van de oplossing.⁸
- Kennis van de retorica zou de mogelijkheid bieden om onderscheid te maken tussen de positie van de advocaat – die probeert zo veel mogelijk ruimte te creëren voor strategisch (doelgericht) handelen – en de positie van de rechter – die zal proberen communicatief (hoor en wederhoor, informeren, luisteren) te handelen. Elk van de deelnemers aan het proces zal in staat moeten zijn om zich in te leven in de positie van de andere deelnemers en om flexibel van standpunt te kunnen wisselen. Studenten ervaren een opdracht om van perspectief te wisselen en steeds een ander standpunt in te nemen als moeilijk en soms zelfs als verwerpelijk. Terwijl het vermogen om van perspectief te wisselen een van de belangrijke vaardigheden van een jurist is en meer getraind zou moeten worden.⁹
- De Oefenrechtbank – die in een of andere vorm in alle opleidingen rechtsgeleerdheid is opgenomen – zou gebruikt kunnen worden om studenten niet alleen te trainen in het pleiten, maar ook in het oordelen.

7 Lerner 2004, 691. Zie ook het pleidooi in de Rechtspraaklezing 2010 voor responsieve rechtswetenschap en rechtspraak: Eradus 2010.

8 Ryan 2005, 283.

9 Zie ook Witteveen 2003, 310-312.

- Het vaardighedenonderwijs zou in de vorm gegoten kunnen worden van de *progymnasmata*. Dit is een set van 12-14 vaste oefeningen die van de klassieke oudheid¹⁰ tot in de Renaissance gebruikt werden om studenten kennis te laten maken met de retorische begrippen en methoden. De oefeningen lopen op in mate van complexiteit en de kennis die ze vereisen. De eerste oefeningen eisen voornamelijk strikte reproductie en de laatste oefeningen eisen een creatieve samensmelting van de – vaak tegen-gestelde – belangen van spreker, onderwerp en toehoorder. Eerst moet de student een verhaal of een sprookje navertellen, een paar oefeningen later moet hij een stelling bestrijden, weer later moet hij twee zaken met elkaar vergelijken en hun gemeenschappelijke voor- en nadelen bespreken, om uiteindelijk in de laatste oefening een wet te bepleiten of te bestrijden.¹¹ En, waar wordt in de huidige opleiding aandacht besteed aan het motiveren van een beslissing? Natuurlijk bedoel ik dan een motivering die verder gaat dan het aandragen van goede juridische argumenten, dus verder gaat dan de juridische rationaliteit en de oplossing van een casus. Een motivering die op creatieve wijze verantwoording aflegt aan alle publieksinstanties. Ook hierbij zou de retorica van dienst kunnen zijn.

2.4.3 Voor het onderzoek

In Hoofdstuk 6 heb ik aangegeven dat ik in dit onderzoek gebruik heb gemaakt van een klein deel van de kennis die de psychologie, de cognitieve en de neurowetenschappen de laatste decennia over oordeelsvorming hebben verzameld, maar dat er veel meer systematische juridische aandacht zou moeten zijn voor de ontwikkelingen binnen deze wetenschappen, voor de relevantie van deze inzichten voor het recht en de rechtspraktijk en voor het inzichtelijk maken van deze kennis voor juristen. Bovendien heb ik in dit onderzoek een aanzet gegeven tot theorievorming over het effect van de emoties van juristen op hun eigen oordeelsvorming, welke nog empirisch getoetst zal moeten worden. Daarnaast zijn in dit onderzoek nog verschillende andere vragen op dit terrein gerezen waar nader onderzoek naar nodig is. Het gaat daarbij om de vraag of de algemene resultaten van empirisch onderzoek ook gelden voor professionele beslissers is, zoals onderzoek naar de werking van vuistregels en valkuilen en naar de invloed van emoties op de informatieverwerking. Welke vuistregels/valkuilen spelen welke rol bij juridische oordeelsvorming? Is de emotionele beleving van professionele beoordelaar – zoals een rechter – van invloed op de zorgvuldigheid waarmee hij informatie verwerkt?

¹⁰ Quintilianus (ong. 95) 2001, II.4:15-41.

¹¹ Zie ook Kennedy (vertaler) 2003.

De emotionele luciditeit van juristen moet worden verbeterd opdat juristen de emoties die zijzelf beleven, kunnen herkennen en begrijpen. Dit hebben zij nodig om de emotionele valkuilen te kunnen vermijden, om de uitkomst van het intuïtieve proces te kunnen duiden en om de emotionele kennis te kunnen benutten. Willen juristen de kwaliteit van hun overtuigingskracht en van hun oordelen verbeteren dan moeten ze emotioneel lucide zijn. Dit vereist nader onderzoek: hoe kan de emotionele luciditeit van juristen verbeterd worden?

In de Nederlandse rechtstheorie is het onderzoeksterrein recht en emotie nog nauwelijks ontdekt. Maroney signaleert zes mogelijke invalshoeken:

- De emotie-benadering: hierbij gaat het om de analyse van hoe een specifieke emotie is verwerkt in het recht of in het recht verwerkt zou moeten worden.
- De fenomeen-benadering: waarbij een emotioneel fenomeen wordt beschreven en onderzocht wordt hoe dit in het recht is verwerkt of zou moeten worden. Bijvoorbeeld onderzoek naar het rechtsgevoel en haar functie bij de oordeelsvorming, of hoe verwachte emoties juridische beslissingen van rechtssubjecten beïnvloeden?
- De emotietheoretische benadering: welke opvattingen in de emotietheorie hebben welke effecten voor het recht?
- De juridische benadering: hoe moet in specifieke rechtsgebieden of bij specifieke leerstukken omgegaan worden met emotie?
- De rechtstheoretische benadering: hoe moet vanuit een rechtstheorie gedacht worden over emoties.
- De actoren-benadering: welke invloed hebben emoties op de actoren in het recht?¹²

Al bij al voldoende reden voor verder onderzoek naar de relatie tussen emoties en het recht. Mijn onderzoek heeft immers wel aangetoond dat emoties een perspectief op het recht bieden dat nieuwe inzichten op kan leveren en het mogelijk maakt om bestaande inzichten onder kritiek te stellen.

¹² Maroney 2006b, 125-133.

Summary

A counsel's speech will only carry conviction if it touches both the heart and mind of the listener; the heart by emotional means (ethos and pathos) and the mind by arguments (logos). The classical rhetoricians advise pleaders to give priority to the emotional means of persuasion when arguing their case in court. Aristotle, Cicero and Quintilianus – in their own specific ways – elaborate this advice. Aristotle lingers at great length on the emotions linguistic means can evoke, Cicero and Quintilianus concentrate mainly on the use of emotional means of persuasion in practice. The classics' explanation of the persuasive force of emotions is brief: on the one hand they point out the empirical fact that the listener's emotions influence his opinion while on the other hand they claim that emotions confuse the listener, which allows the pleader to guide the judgement.

Modern writers on rhetoric do not have much to offer a lawyer who is interested in the possibilities emotional means of persuasion offer to make an argument more convincing. They basically adopt the classical advice without further research, whereas several questions immediately crop up. Shouldn't this 2000 years' old advice be adapted to modern psychological views on how emotions work? How do modern insights assess the effects of judges' emotions in respect to judging? Are the classical recommendations – given to pleaders who worked in quite different situations – useful in modern legal practice without adjustments? These questions are the focus point of this thesis.

Research into the tenability of classical rhetorical advice requires looking into the classical views on the persuasive force of emotions and the nature of emotional means of persuasion. As can be deduced from classical literature, an emotion consists of three elements: a view on something in the world outside the person who is moved, a physical feeling and predictable behaviour. There is a causal link between these elements: a feeling emerges due to an opinion about something or someone in the world and causes a tendency to behave in a certain, predictable manner. For example, a person who is angry tends to feel revenge; a person in love craves for the proximity of the loved one. Emotional means of persuasion offer the pleader the possibility to influence the listener's behaviour – and so his judgement. If the pleader makes sure that the listener has a certain opinion about something, this will evoke a matching feeling, which in turn will arouse the tendency to judge in a certain way. As can be derived from Aristotle's analysis, this explains the persuasive

force of emotions. However, the classical writers point out another explanation for the persuasive force of emotions: emotions cause confusion. When the pleader moves the listener, the emotions that are aroused confuse the listener. According to the classical rhetoricians, emotional means may help the pleader to persuade his audience, but they may also help him to convince it.¹

According to the current views from the philosophy of emotion and cognitive psychology, the analysis of the classical rhetoricians is tenable inasmuch as it refers to the elements of an emotional experience, on the understanding that in more complex cognitive theories of emotion the following elements of an emotion can be distinguished as being necessary: a thought with an evaluative content, a feeling with an evaluative content, and a tendency to act. In the modern, cognitive approach the persuasive force of emotions is not brought about by any causal link between the elements, because there appears to be an interpretative relationship between these elements. Emotions are able to convince because they fulfil a role in gathering and processing information. In the literature several functions are to be found, which can roughly be divided into two groups.

In the first place emotions have an epistemological function: they provide knowledge. That knowledge may concern the interests and values that are involved in a situation for the person who is moved as well as knowledge about what it means when these values are threatened (normative knowledge). It may also concern the emotions and values that may be of importance to others in a certain situation, allowing for more understanding for other people's behaviour (empathic knowledge). Just as sensory perception and thinking do, emotions function as a source of knowledge. Emotions prove not to be a less reliable source of knowledge than sensory perception and thinking. The latter two sources do not always prove to supply reliable knowledge either. It is only when information from two sources is collated that knowledge can be deemed reliable. This counts for emotional knowledge as well.

The second function emotions have in gathering and processing information I would put under the heading of a biological function. Emotions appear to function as spotlights by highlighting emotionalising aspects of a situation. They also play a role in decision-making processes. People who do not experience emotions are unable to make complex decisions. Currently, the persuasive force of emotions is explained by their epistemological and biological functions.

¹ I distinguish between 'to persuade' and 'to convince'. To persuade someone is to induce him to change his own opinions; to convince someone is to bring him to believe something without his consent. A convincing pleader does not persuade his audience but slightly coerces it to see things his way. See also Garsten 2006, 6-7.

In order to trace what influence emotions exercise on judicial decisions I started by describing the act of judging with the aid of a model that has been developed in cognitive psychology. A judicial decision is a judgement under uncertainty because the consequences of the judgement are unpredictable and the value of the alternative outcomes is hard to determine. Nobody can predict with any certainty which alternative would lead to the most acceptable or fairest solution. Even in hindsight it is impossible to establish whether the chosen alternative was the best solution or whether another choice would have resulted in a better outcome. Psychological research has developed a model for judgements under uncertainty that aims to help people make rational decisions. However, in practice people often make other decisions than the model prescribes. To put it differently, people do not judge all that rationally to begin with. According to Tversky and Kahneman (and many others after them), the discrepancy between prescriptive models and practice is to be explained by the dual-process of judging and the use of heuristics. Two mental processes are involved in the act of judging: an intuitive process (system-I), which progresses quickly and smoothly, and a deliberative process (system-II), which critically ponders the intuitive judgement. The intuitive process in particular uses simple heuristics. For instance, people generally take it that whatever is easiest to remember will also be the most probable (availability heuristic) or that the first information that becomes available is the starting point of thinking, so all other information relates to it (anchoring heuristic). These heuristics are usually very helpful in making a judgement, because people simply do not have the brain capacity to weigh up all the possible alternatives. Sometimes, however, heuristics becomes biases and do not lead to good decisions. Emotions too function as heuristics – whatever feels good is a good solution (affect heuristic) – and they too can turn out to be biases.

Describing judicial decisions as a dual-process has theoretical consequences. In the first place for the time-honoured theoretical distinction between the heuristic phase and the phase of justification. Lawyers regard these phases as separate phases during which the judge performs different activities. In the heuristic phase the judge would appear to be looking for a just solution and in the phase of justification he would support his decision with legal arguments. This is why lawyers regard the act of legal judging as an activity in which they publicly justify a decision – in a legally rational manner – they made on the basis of legal, social, personal and intuitive arguments. The result of this way of thinking is that lawyers place the intuitive process exclusively in the heuristic phase and the rational process exclusively in the justification phase. This reflection, however, oversimplifies matters. In the heuristic phase the judge reaches a decision by two mental processes working together: an intuitive and a deliberative process.

To understand what happens when a decision is made, more information about these two processes is needed. That is why I use the distinction between three kinds of knowledge: explicit, implicit and tacit knowledge. Explicit knowledge can be expressed in words, is consciously learned and lends itself to critical reflection; implicit knowledge is explicit knowledge that is used automatically by routine and which is hard to put into language; and tacit knowledge is non-linguistic knowledge people acquire by performing acts and from experience. The intuitive process is a fast, associative, unconsciously moving process which uses all three manners of knowledge, whereas the deliberative process moves consciously, is analytical, needs an effort and makes use of explicit and implicit knowledge. The conscious, deliberative process is subject to rules, is more exact and precise and thus more critical, whilst the intuitive process is faster by its use of heuristics and is focused on recognising patterns. In the intuitive process a judgement is quickly made on the basis of explicit and implicit knowledge, but in particular on the basis of tacit knowledge, so on the basis of all the knowledge the decision-maker has acquired by experience in his personal and vocational life. Because the intuitive process progresses faster than the deliberative process it is really a question of a kind of internal dialogue in which the deliberative process sees to the critical reflection on the outcome of the intuitive process and vice versa.

Only after a decision has been made by this internal dialogue between intuitive and deliberative processes, has the time come for the judicial decision to be legitimised. Here too, however, the traditional account is simplistic, as it overstresses judicial rationality. It assumes that a judicial decision is only legitimised if it can be reconstructed as a decision based on legal arguments. Of course I do not deny the crucial importance of the law as the source of any judicial decision, but when we realise that the judge must somehow manage to be able to convince different audiences – the parties in the case before him, his colleagues, the public at large and the media – it does not seem very likely that all of them will be convinced by the same arguments. So, when the judge gives his arguments, he will need to don the rhetorician's cap and use emotional means of persuasion in addition to legal rationality.

By describing the act of legal judging with the aid of the dual-process model it becomes clear that the familiar legal-theoretical idea of the act of legal judging needs a different approach. The process can be better characterised by making a distinction between a phase of judging and a rhetorical phase. Moreover, judges turn out not to be rational, deductive decision-makers, nor do they pass intuitive judgements that they reconstruct in a rational manner afterwards, but they reach their decisions with the aid of a complex interaction between intuitive and argumentative processes. The justification of this act of legal judging cannot take place only by means of rational reconstruc-

tion, but will have to take place by convincing the various public institutions by rhetorical means.

The second theoretical consequence of the description of the act of legal judging as dual-processing is that we must reappraise the individual sense of justice. The intuitive process moves in an unconscious way and does not use language. So a link is needed to allow the intuitive judgement to penetrate into the conscious, linguistic thought process. Emotions prove to act as messengers of intuition. When applied to the act of judging in a legal setting it leads to the following: the intuitive process results in an unconscious judgement that something is just (or unjust) and we become aware of this judgement through an individual sense of justice. As the intuitive process uses all three kinds of knowledge, this sense of justice not only entails explicit and implicit knowledge, but tacit knowledge as well, which means all the training and vocational experience the decision-maker has. Lawyers should take their individual sense of justice more seriously, just as doctors take their hunches and intuition seriously. The strength and weakness of the intuitive process merge in the sense of justice. Its strength is the speed of how associations are made, in which the concrete characteristics of the situation are compared to the experience and knowledge of the decision-maker. Its weakness is that applying heuristics may lead to errors of judgement. It is a pity that lawyers sometimes leave unused the strength of the intuitive process for fear of its weakness.

When surveying the above, it becomes clear that yet another aspect must be added to the epistemological function of emotions: emotional knowledge does not only include normative and empathic knowledge, but knowledge of the intuitive judgement as well. Judges' emotions can have a positive effect on a judgement because they generate knowledge, but they can also have a negative effect, as they function as biases. This conclusion confirms the classical rhetoricians' idea that the influence of emotional means are able to convince and to persuade.² Cognitive psychology shows why emotions can have both a positive and a negative effect on the act of judging. The potentially positive influence is that an emotion a decision-maker experiences while judging promotes the use of emotional knowledge. The importance of normative and empathic knowledge – knowledge of the values and interests that are at stake for the decision-maker or others involved – can hardly be overestimated in adjudication. This is so firstly because values and interests play a part whenever interests have to be weighed and, secondly because cognitive theory shows that making judgements under uncertainty is about choosing the best alternative. In other words, a judge has to choose how to apply the law and he

2 See note 1.

consequently has to choose the best alternative, but the law offers no criterion on what is the best solution. The judge's personal values and/or those of his social and vocational environment might give him something to rely on. The individual sense of justice plays a crucial role in this process. Thirdly, emotional knowledge offers the possibility to understand the behaviour of those concerned, because knowledge of the values and interests that are important to them creates room for empathy. After all, empathy requires not only that the decision-maker imagines what it is like to be in the situation of the person concerned, but also that the decision-maker feels what it is like to be in that situation. The potentially negative influence of emotions is that just as cognitive heuristics can turn into biases and wrong-foot the decision-maker, so can emotional ones. Emotions can mislead the decision-maker because they can magnify certain characteristics. A person who is afraid of dogs sees the scary characteristics of the species in each and every specimen of it. Another reason why emotions can be misleading is that choosing an alternative that 'feels good' may cause the decision-maker to ignore information that argues for another alternative. The last reason why emotions can be misleading is that they can have a negative influence on gathering and processing information. Empirical research shows that experiencing a positive emotion causes the memory to find positive information more easily and prompts the decision-maker to interpret information in a positive way. Whenever a decision-maker experiences an emotion expressing a sense of security, such as happiness, satisfaction or anger, he tends to reach a decision more superficially, whereas an emotion that embodies a sense of insecurity promotes the thoroughness of the decision-making process.

Apparently, the influence of emotions on the act of legal judging is inevitable, because in the intuitive process both cognitive and emotional heuristics are used, because the intuitive judgement uses the emotion as a messenger and because emotions yield a very specific kind of knowledge. The use of emotional means of persuasion in a legal argument serves the purpose of having the judge experience an emotion when adjudicating. This increases the persuasive force of the argument when emotions positively influence the act of legal judging and the emotional experience activates emotional knowledge. However, emotions can also have negative effects on the act of legal judging and distort reality. To determine whether judges' emotions can be allowed to influence the act of legal judging it is necessary to check which conditions decide whether emotions increase or decrease the quality of the judgement.

When a judge uses his emotional knowledge in reaching a decision while he is under the influence of an emotional experience, his judgement will be a personal one. There is a fear that a personal judgement will lead to arbitrariness: as the rules of law cannot conclusively prescribe how the rules

are to be applied, a judge might be able to interpret the rules of law at his own discretion. This fear is unwarranted. A personal judgement is a judgement in which a judge's explicit knowledge, personal history and emotional knowledge are all decisive, and a personal judgement is thus based on all the knowledge and experience the judge has acquired. In other words, a personal judgement is a sound judgement. It is only arbitrary when a judge passes judgement for reasons that have nothing to do with the case at hand and so when he experiences emotions that have nothing to do with the case he is judging. The first condition must therefore be that emotions are appropriate. Emotions are appropriate when they fit the subject (resulting from the case or the task at hand) and when they suit the listener (a professional judge), the situation (legal practice) and the speaker (ethos). When in the act of legal judging emotional knowledge is used that is caused by appropriate emotions, I use the term *committed judgement*.

Considering that emotions can have a positive and a negative effect on the act of legal judging, a *committed judgement* is only acceptable if it does not harm the quality of the judgement. As a standard for the quality of a judicial decision I started from the demands for quality people seeking justice call for. Empirical research carried out by others shows that people seeking justice demand a judge to be objective, an expert and to state the reasons for his decision. A judge's emotional involvement is only acceptable when it does not damage the quality of the adjudication. First of all, a *committed judgement* does not damage the objectivity of the judge, because prejudice is only an issue when the judge includes personal interests that are not relevant to the case or the task he has to carry out. So impartiality is guaranteed by the demand implicit to *committed judgement*, viz. that it is caused by appropriate emotions. In the second place – and this concerns the effect of a *committed judgement* on the justice of the judgement – there is a direct link between a judge's emotions and the justice of a judgement. A judge is more or less guided by his sense of justice, because this intuitive judgement functions as an anchor for the act of legal judging. But this influences a judgement in a positive way because his sense of justice holds all the knowledge the judge has gathered in his professional life. As a result, a *committed judgement* does not coincide with the subjective judgement of Weber's kadi-justice, but is embedded in the legal knowledge and the judge's professional practice. Whether people who seek justice experience the result as just depends as much on the justice of the procedure as on interactional justice. The ideal of procedural justice includes the demands for equal treatment, the opportunity for parties to tell their own story and an impartial judge who uses the right information and is well-prepared. This implies that the procedure be set up and executed in a way that complies with these demands. Many of these demands for quality are guaranteed by Article 6 of the European Convention on Human Rights.

When a *committed judgement* is rendered under the influence of appropriate emotions, the judge's emotional involvement will not harm these demands. The ideal of interactional justice gives prominence to the judge's behaviour during the proceedings. An emotionally involved judge will be more able to empathise with the parties' situation, both as regards their conflict and during the proceedings. In such a scenario, *committed judgement* is likely to promote interactional justice rather than damage it. There is no reason to assume that *committed judgement* harms the justice of the act of legal judging. The third demand a judge must meet is that he is an expert. To be characterised as an expert, a judge must comply with several, sometimes contradictory, demands. He must have legal knowledge and analytical skills at his disposal and must be detached, unimpeachable and impartial. These abilities and qualities can be classified as legal skills. At the same time a judge needs insight into human nature, empathic ability and commitment. These competencies can be referred to as emotional skills. A judge's emotions will influence both his technical and his emotional expertise, because emotions influence the way the judge gathers and processes information and because heuristics are used in the intuitive process. Undesirable influence can be corrected, but this requires judges to gather more psychological knowledge about the act of judging and the biases they might develop in the process and it requires lawyers to develop more emotional lucidity. I understand emotional lucidity to mean that lawyers should gain more insight into their own emotions and those of others to promote the persuasive force and the quality of the process of adjudicating. Contrary to the popular notion that a 'cool' head makes the best decisions, decision-makers who experience emotions with a greater intensity make better decisions and decision-makers who are able to describe the emotions they experience in a precise and differentiated manner are more able to regulate the effect emotions have on their judgement.

The fourth and last demand of people who seek justice is that a judge renders a well-reasoned decision. This demand I addressed in the final part of my research, in which I translated classical advice for the use of emotional means of persuasion to modern legal practice. For judges as decision-makers this exercise was particularly relevant to the rhetorical rule that an argument should be tailored to the public. The aim of the argumentation in a legal opinion is to persuade different audiences. An argumentation which mainly uses legal rationality – as is common nowadays – suffices for a public of legal professionals only, whereas for the parties involved and for the public at large (via the media) emotional means of persuasion will promote the persuasive force of the argumentation. Due to the fact that people who seek justice generally do not care much for legal rationality, the argumentation will have to reflect the world of those who seek justice. This requires the judge in his argumen-

tation to pay attention to what the parties are concerned about – solving the conflict at hand – as well as to the story and the arguments of the losing party, to acknowledge the emotions the parties are concerned about and to show his commitment. The judge can only meet all of these requirements in his argumentation with the aid of emotional means of persuasion.

For the pleader, the aim of using emotional means of persuasion is to inspire trust and to stimulate the judge to render a *committed judgement*, i.e., a decision in which he uses his emotional knowledge. To that end, the pleader may only use appropriate emotions. Appropriate emotions are in proportion and fit the subject, the listener, the circumstances and the pleader. The means of persuasion are equivalent, so for every element of his argument the pleader must ask himself what means of persuasion are most suitable. The purpose of ETHOS is to inspire trust in the pleader and to rouse sympathy for the client. According to the classics, the pleader inspires trust when he displays intelligence, good moral character, and goodwill. By modern standards, ‘intelligence’ refers to the expertise a pleader displays by being well-informed, systematic, analytical, considered and eloquent. The Code of Conduct 1992 and the Van Wijmen Committee Report³ offer a firm hold on what ‘good moral character’ requires of a pleader. ‘Goodwill’ shows from a considerate attitude to all those involved in the proceedings. The purpose of PATHOS is to induce the judge to render *committed judgements*. In order to achieve this, the pleader will have to stress what values and interests are at stake. The classics hold that to be able to rouse emotions the pleader will have to experience them himself. In modern legal practice, however, it is not deemed fitting for a pleader to shape emotions as if he were an actor. On the modern pleader the classical advice imposes the obligation to empathize with the persons concerned. Both pleader and judge have the duty to empathize.

The influence of emotions is inevitable because the act of legal judging includes an intuitive process that uses both cognitive and emotional heuristics, because we digest the intuitive judgement through an emotion (a sense of justice) and because emotions provide us with a specific kind of knowledge (emotional knowledge). This conclusion has compelling consequences for legal practice, education and research. For legal practitioners these include: putting legal certainty and legal unity as the highest of ideals into perspective; assigning cases to judges in an objective and systematic manner; and in selecting judges paying careful attention to empathic qualities, autonomy and social skills. Moreover, this conclusion necessitates a discussion about the duties of a judge; if he is a problem solver, he should ask himself whether the intended decision in the legal case before will really resolves the conflict at

3 In its report, the Van Wijmen Committee formulated six key values for good legal practice.

issue. The discussion should deal with the question how a judge can fulfil his duties as a problem solver without straying from his judicial duties. For educators the conclusion that the influence of emotions on legal decision-making is inevitable must lead to curriculum modifications that will enable them to address the psychology of the act of judging and the emotional lucidity of lawyers. Students taking academic law courses should be stimulated more than they are at the moment to learn to use their sense of justice, to regard people seeking justice as human beings rather than as letters in a diagram, to study law in its social context, and above all to not only learn how to decide in a legal case but to learn about preventing and solving real conflicts by legal means. For researchers, the implication is that they should increase their efforts to explore the act of judging and the relationship between emotions and the law, as well as systematically approach knowledge that has been gathered in cognitive psychology for use in a legal setting.

Bijlage 1

Diversiteit emoties

aanhankelijkheid	irritatie
afgunst	jaloerie
afkeer	lafheid
angst	liefde
antipathie	lust
apathie	lusteloosheid
bang	machteloosheid
bedeesdheid	macht
bedroefdheid	medeleven/sympathie
begeerte	medelijden
behoedzaamheid	meevoelen/empathie
belangstelling	melancholie
berouw	minachting
berusting	moedig
betrouwbaarheid	neerslachtigheid
bevredegging	nederigheid
bewondering	nostalgie
blijdschap	ongedurigheid
boosheid	ongeremdheid
eeerbied	ongerustheid
eergevoel	onlust
enthousiasme	ontreddering
ergernis	ontroering
frustratie	ontsteltenis
geluksgevoel	onzekerheid
gelukzaligheid	opgelatenheid
genot	opluchting
geremdheid	oprechtheid
gulzigheid	opwinding
haat	plezier
hartstocht	razernij
heimwee	rechtsgevoel
hooghartigheid	rechtvaardigheidsgevoel
hoop	respect
hunkering	rusteloosheid
interesse	schaamte

schrik	wellust
schuchterheid	welwillendheid
schuldgevoel	woede
smart	wraak
somberheid	wreedheid
spijt	wroeging
succesvol	zelfhaat
tederheid	zelfrespect
teleurstelling	zwaarmoedigheid
terughoudendheid	
tevredenheid	
treurigheid	
triestheid	
trots	
uitbundigheid	
uitgedaagd	
uitgelatenheid	
verbazing	
verbijstering	
verdriet	
vergevingsgezindheid	
verlangen	
verlegenheid	
verliefdheid	
verontwaardiging	
verrassing	
verrukking	
vertrouwen	
verveling	
verwondering	
vijandschap	
vrees	
vreugde	
vriendelijkheid	
vriendschap	
vrijheid (gevoel van -)	
waardigheid	
walging	
wanhoop	
weemoed	
weezin	
welbehagen	

Bijlage 2

Een lijst met voorbeelden van cognitieve vuistregels/valkuilen

<i>Achterafregel (Hindsight)</i>	<ul style="list-style-type: none"> – Mensen beoordelen een gebeurtenis in het verleden achteraf als voorspelbaar. – Mensen herinneren zich hun voorspelling als zekerder wanneer deze achteraf blijkt uit te komen, dan deze was toen ze de voorspelling deden.
<i>Afsluitingsregel</i>	Mensen ervaren de druk om een oordeel te vellen en de periode van twijfel en onzekerheid af te sluiten. Wordt verergerd door tijdsdruk.
<i>Ankering (Anchoring)</i>	<ul style="list-style-type: none"> – Bij kwantitatieve oordelen maken mensen schattingen door uit te gaan van een beginwaarde (ankerwaarde). De hoogte van de beginwaarde bepaalt in hoge mate de hoogte van de schatting. – Bij andere oordelen blijkt de beslisser de meeste waarde te hechten aan de eerst ontvangen informatie;
<i>Beschikbaarheidsregel (Availability)</i>	Het gemak waarmee we ons een voorval kunnen herinneren, bepaalt de waarschijnlijkheid dat het voorval zich in de toekomst voordoet.
<i>Bevestigingsregel (Confirmation)</i>	Mensen verzamelen die informatie of interpreteren informatie zo dat deze overeenkomt met hun wereldbeeld en bestaande opvattingen bevestigt.
<i>Cognitieve dissonant</i>	Mensen vinden het vervelend om conflicterende doelen, opvattingen of ideeën te hebben. Zij proberen het conflict te verminderen door hun doelen, opvattingen, ideeën, gedrag aan te passen.
<i>Egocentriciteitsregel</i>	In geval van een gezamenlijke actie overschatten mensen hun eigen bijdrage.
<i>Groepsdenken</i>	Mensen doen of geloven dingen omdat de groep mensen waartoe men behoort of wil behoren dat doet.
<i>Inkaderingsregel (Framing)</i>	De manier waarop mensen het probleem afbakenen, bepaalt de keuzemogelijkheden.
<i>Negativiteitsregel</i>	Mensen besteden meer aandacht aan negatieve ervaringen of informatie dan aan positieve.
<i>Onherstelbaarheidsregel (Sunk-cost)</i>	Mensen maken keuzes op een zodanige manier dat ze keuzes in het verleden rechtvaardigen.
<i>Overschattingsregel (Impact)</i>	Mensen overschatten de duur en de intensiteit van verwachte emoties.
<i>Rechtvaardige wereld</i>	Onverklaarbare onrechtvaardigheid wordt zo veel mogelijk verklaard door te zoeken naar oorzaken die het slachtoffer aan zichzelf te wijten zou hebben.
<i>Representativiteitsregel (Representativeness)</i>	Hoe meer kenmerken een stimulus A gemeen heeft met een stimulus B, des te waarschijnlijker is het dat A bij B hoort.

<i>Status-quoregel</i>	Personen vermijden beslissingen die de bestaande situatie verstoren.
<i>Toerekeningsregel</i>	<ul style="list-style-type: none"> – Wanneer mensen het gedrag van anderen beoordelen, leggen ze overdreven nadruk op verklaringen voortkomend uit de persoon, terwijl ze de invloed van de omstandigheden onderbelichten. – Wanneer mensen hun eigen gedrag beoordelen leggen ze overdreven nadruk op de invloed van de omstandigheden en onderbelichten ze de invloed van de persoon.
<i>Transparantie</i>	Mensen overschatten de mate waarin anderen hen kennen en hun eigen vermogen om anderen te kennen.
<i>Uitkomstregel</i>	De kwaliteit van een beslissing wordt beoordeeld op basis van de uitkomst, niet op basis van de kwaliteit zoals deze kon worden beoordeeld op het moment dat de beslissing werd genomen.
<i>Valse consensus</i>	Mensen overschatten de mate waarin anderen het met hen eens zijn.
<i>Verzuimregel</i>	Een schadeveroorzakende handeling wordt iemand zwaarder aangerekend dan een even schadelijk nalaten.
<i>Zelfbevestigingsregel</i>	Mensen schatten hun verantwoordelijkheid voor succes hoger in dan voor mislukkingen

Lijst is gebaseerd op:

- K. Eijgenraam, M. van der Steege & J. Metselaar, 'Beslissen in de jeugdzorg. Bronnenstudie, beslismodel en een samenhangend instrumentarium', Utrecht: Nederlands Instituut voor zorg en welzijn 2004.
- T. Gilovich, D. Griffin & D. Kahneman, *Heuristics and biases: the psychology of intuitive judgment*, Cambridge: Cambridge University Press 2002.
- R.F. Pohl, *Cognitive Illusions: a handbook on fallacies and biases in thinking, judgement and memory*, East Sussex/New York: Psychology Press 2004.
- S. Woll, *Everyday Thinking Memory, Reasoning and Judgment in the Real World*, East Sussex/New York: Psychology Press 2001.

Lijst van verkort aangehaalde literatuur

- H. Aarts & M. Zeelenberg, 'Beslissen en kiezen', in: R. Vonk, *Cognitieve Sociale Psychologie*, Utrecht: Lemma 2001, p. 321-365.
- R. Alexy, 'Rechtsregeln und Rechtsprinzipien', *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 1985, 25, p. 13-29.
- D. Allen, 'Greek Tragedy and Law', in: M. Gagarin & D. Cohen, *The Cambridge Companion to Ancient Greek Law*, Cambridge/New York: Cambridge University Press 2005, p. 374-393.
- B. Andeweg & J. de Jonge, *De eerste minuten. Attentum, benevolum en docilem parare in de inleiding van toespraken (diss. RUN)*, Den Haag: SDU 2004.
- Aristoteles, *Ethica*, Groningen: Historische uitgeverij (ong. 330 vC) 1999 (*Ethica nicomachea*: vertaald door C. Pannier & J.A.E. Bons).
- , *Rhetorica*, Groningen: Historische Uitgeverij (ong. 340 vC) 2004 (*Rhetorica*: vertaald door M. Huys).
- Aristotle, *Art of Rhetoric*, London: Loeb Edition (ong. 345 vC) 1975 (*Rhetorica*: vertaald door J.H. Freese).
- M. Arnold, *Emotion and Personality*, New York: Columbia University Press 1960.
- R. Baas, L. de Groot-van Leeuwen & M. Laemers, *Rechtspreken: samen of alleen*, Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2010.
- F.G. Bailey, *The tactical uses of passion. An essay on Power, Reason and Reality*, Ithaca/London: Cornell University Press 1983.
- C.W.M. van Ballegooijen, L. Frijda & P.C. Kop (red.), *Studieweekend gerechtshof Amsterdam: kwaliteitsperspectief in de rechtspraak*, Amsterdam: Het Gerechtshof 1996.
- S.A. Bandes, 'Empathy, Narrative and Victim Impact Statements', *The University of Chicago Law Review* 1996, p. 361-412.
- , 'Introduction', in: S. Bandes, *The Passions of Law*, New York/London: New York University Press 1999, p. 1-15.
- F.A.W. Bannier & N.A.M.E.C. Fanoy, *Beroep: advocaat. In de ban van de balie*, Deventer: Kluwer 2005.
- A. Barnes & P. Thagard, 'Empathy and Analogy', 1997, *Dialogue: Canadian Philosophical Review* <<http://cogprints.org/620/>>.
- R.F. Baumeister, E.J. Masicampo & K.D. Vohs, 'Do Conscious Thoughts Cause Behavior?', *Annual Review of Psychology* 2011, 62 (forthcoming) available at <www.annualreviews.org>, p. 1-23.
- S. Becker & N. Lucas, 'RIVM stond er te vaak alleen voor', *Trouw* 28 december 2009, De Verdieping.

- V. van den Bersselaar, *Wetenschapsfilosofie in veelvoud. Fundamenten voor onderzoek en professioneel handelen*, Bussum: Uitgeverij Coutinho 2003.
- R.J. Bies & J.F. Moag, 'Interactional Justice: Communication Criteria of Fairness', in: R.J. Lewicki, B.H. Sheppard & M.H. Bazerman, *Research on Negotiations in Organizations*, Greenwich, CT: JAI Press 1986, p. 43-55.
- M. Bihler, *Rechtsgefühl, System und Wertung*, München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung 1979.
- J.A. Blumenthal, 'Emotional Paternalism', *Florida State University Law Review* 2007, p. 1-71.
- J. Bons & R.T. Lane, 'Institutio oratoria VI.2: On Emotion', in: O. Tellegen-Couperus, *Quintilian and the Law. The Art of Persuasion in Law and Politics*, Leuven: Leuven University Press 2003, p. 129-144.
- H. Boukema, 'Retorica in de rechtszaal', in: E.T. Feteris e.a., *Met redenen omkleed*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1994, p. 259-267.
- H.J.M. Boukema, 'Rechterlijke retorica', in: E.T. Feteris e.a., *Op goede gronden*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1996, p. 191-197.
- H. Boutellier & K. Lünemann, 'Burgers over rechters: over de beleving van de rechtspraak', *Rechtstreeks* 2007, 1, p. 45-62.
- A.C. Braet, 'Ethos, pathos en logos in de Rhetorica van Aristoteles', *Tijdschrift voor taalbeheersing* 1988, p. 14-27.
- , *Retorische kritiek. Overtuigingskracht van Cicero tot Balkenende*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009.
- A.F.M. Brenninkmeijer, *Rechtspleging*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1995.
- D.A. Bright & J. Goodman-Delahunty, 'Gruesome Evidence and Emotion: Anger, Blame, and Jury Decision-Making', *Law and Human Behavior* 2006, 2, p. 183-202.
- G. van den Brink, *Geloofwaardige rechtspraak. De rechter als bruggenbouwer*, Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2008.
- A. Broekers-Knol e.a., *Pleitwijzer*, Amsterdam: Bert Bakker 2005.
- F. Bruinsma, *De Hoge Raad van onderen*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1992.
- , *Kort Gedingen. Een rechtssociologisch verslag*, Zwolle: Tjeenk Willink 1995.
- , 'Vermeend vertrouwen in traditioneel rechterschap', *Nederlands Juristenblad* 2003, 40, p. 2097.
- , 'Rechten studeren als socialisatieproces', *Recht der Werkelijkheid* 2009/1, p. 103-108.
- P. Calamandrei, *Lof van de rechter*, Tijdschrift voor privaatrecht (1959) 2004 (*Elogio dei giudici. Scritto da un avvocato*: vertaald door F. Denissen & T. de Keyzer).
- C. Calhoun & R.C. Solomon, *What Is an Emotion. Classical Readings in Philosophical Psychology*, New York/Oxford: Oxford University Press 1984.
- C. Carey, 'Rhetorical means of persuasion', in: A. Rorty, *Essays on Aristotle's Rhetoric*, Berkeley/London: University of California Press 1996, p. 399-415.
- S. Chaiken & Y. Trope, *Dual-Process Theories in Social Psychology*, London: Guilford Press 1999.

- Cicero, *On Obligations*, Oxford/New York: Oxford University Press (44 vC) 2000 (*De Officiis*: vertaald door P.G. Walsh).
- , *On the ideal orator*, New York/London: Oxford University Press (55 vC) 2001 (*De Oratore*: vertaald door J.M. May and J. Wisse).
- , *De ideale redenaar*, Amsterdam: Polak & Van Gennep (55 vC) 2004 (*De Oratore*: vertaald door H.W.A. van Rooijen-Dijkman & A.D. Leeman).
- G.C. Clore, 'Why Emotions Are Felt', in: P. Ekman & R.J. Davidson, *The nature of emotions*, New York/Oxford: Oxford University Press 1994, p. 103-111.
- Commentaar, 'Eerst de "meidenprik" beter organiseren, dan pas nieuwe vaccinaties', *Trouw* 4 april 2009.
- D. De Cremer, *Advances in the psychology of justice and affect*, Greenwich, CT: Information Age Publishing 2007.
- H.F. Crombag, J.L. Wijkerslooth & M.J. Cohen, 'Over het legitimeren van rechterlijke beslissingen', in: *Het rechterlijk oordeel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1973, p. 5-26.
- H.F.M. Crombag, J.L. de Wijkerslooth & M.J. Cohen, *Een theorie over rechterlijke beslissingen*, Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1977.
- H.F.M. Crombag, P.J. van Koppen & W.A. Wagenaar, *Dubieuze zaken. De psychologie van strafrechtelijk bewijs*, Amsterdam: Contact 1992.
- J.A. Crook, *Legal Advocacy in the Roman World*, London: Duckworth 1995.
- A.R. Damasio, *Het gelijk van Spinoza: vreugde, verdriet en het voelende brein*, Amsterdam: Wereldbibliotheek 2004 (*Looking for Spinoza: Joy-Sorrow and the Feeling Brain*: vertaald door M. Stoltenkamp).
- , *De Vergissing van Descartes. Gevoel, verstand en het menselijk brein*, Amsterdam: Wereldbibliotheek (1995) 2000 (*Descartes' error*: vertaald door L. Teixeira de Mattos).
- Ch. Darwin, *The expression of the emotions in man and animals*, Chicago: University of Chicago Press 1965 (1872) (Reprinted from the Authorized edition of Appleton and Company New York and London 1910).
- J. Deigh, 'Nussbaum's Defense of The Stoic Theory of Emotions', *Quinnipiac Law Review* 2000, 19, p. 293-307.
- P. Dekker & T. van der Meer, *Vertrouwen in de rechtspraak nader onderzocht*, Den Haag: Sociaal Cultureel Planbureau 2007.
- A.H. van Delden, F. van Dijk & E. Bauw, 'Kwaliteit van rechtspraak', *Nederlands Juristenblad* 2007, 3, p. 144-151.
- T. Derksen, *Lucia de B. Reconstructie van een gerechtelijke dwaling*, Diemen: Veen Magazines 2009.
- R. Deutsch & F. Strack, 'Variants of judgment and decision making: the perspective of the Reflective-Impulsive Model', in: H. Plessner, C. Betsch & T. Betsch, *Intuition in judgment and decision making*, New York/London: Lawrence Erlbaum Associates 2008, p. 39-53.
- P. Devlin, *The enforcement of morals*, London: Oxford University Press 1965.

- F. van Dijk & J. Sonnemans, 'Kansrekening en strafrechtspraak: fouten bij beslissen onder onzekerheid', *Rechtstreeks* 2009, 4, p. 7-47.
- A. Dijksterhuis, 'Think different: The merits of unconscious thought in preference development and decision making', *Journal of Personality and Social Psychology* 2004, p. 586-598.
- A. Dijksterhuis & Z. van Olden, 'On the benefits of thinking unconsciously: Unconscious thought increases post-choice satisfaction', *Journal of Experimental Social Psychology* 2006, p. 627-631.
- A. Dijksterhuis, *Het slimme onbewuste. Denken met gevoel*, Amsterdam: Uitgeverij Bert Bakker 2007.
- S.A. Döring, 'Seeing What to Do: Affective Perception and Rational Motivation', *Dialectica* 2007, p. 363-394.
- P.C. van Duyne & J.R.A. Verwoerd, *Gelet op de persoon van de rechter: een observatie-onderzoek naar het strafrechtelijk beslissen in de raadkamer*, 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij 1985.
- F.H. van Eemeren e.a., *Argumenteren voor juristen: het analyseren en schrijven van juridische betogen en beleidsteksten*, Groningen: Wolters-Noordhoff 1991.
- P. Ekman, 'An argument for Basic Emotions', *Cognition and Emotion* 1992a, p. 169-200.
- , 'Are There Basic Emotions?' *Psychological Review* 1992b, p. 550-553.
- , 'Strong evidence for universals in facial expression: A reply to Russell's mistaken critique', *Psychological Bulletin* 1994, 115, p. 268-287.
- , *Emotions revealed: understanding faces and feelings*, London: Weidenfeld & Nicolson 2003.
- H. Elffers & J.W. de Keijser, 'Het geloof in de kloof: wederzijdse beelden van rechters en publiek', in: J.W. de Keijser & H. Elffers, *Het maatschappelijk oordeel van de strafrechter. De wisselwerking tussen rechter en samenleving*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 53-69.
- H. Elffers, *De rationele regelovertreder (oratie Antwerpen)*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.
- C.Z. Elgin, *Considered Judgment*, Princeton: Princeton University Press 1999.
- J. Elster, *Alchemies of the Mind. Rationality and the Emotions*, Cambridge: Cambridge University Press 1999.
- C.M.T. Eradus, 'Rechtspraaklezing 2010: Naar een ideaal gerecht', *Rechtstreeks* 2010, p. 11-25.
- W.N. Everts, 'Het vak van rechter: leiden van terechtzittingen en beslissen in een concrete zaak', in: J.M. Barendrecht e.a., *Rechtspleging, Samenleving en Bestuur: Een gerichte onderzoeksagenda*, Utrecht: Uitgeverij Lemma 2000, p. 145-151.
- F. Farina, R. Arce & M. Novo, 'Anchoring in judicial decision-making', *Psychology in Spain* 2003/7, p. 56-65.
- N. Feigenson & J. Park, 'Emotions and attributions of legal responsibility and blame: a research review', *Law and Human Behavior* 2006, 30, p. 143-160.

- N. Feigenson, 'Emotional influences on judgments of legal blame: How they happen, whether they should, and what to do about it', in: B.H. Bornstein & R.L. Wiener, *Emotion and the law: psychological perspectives*, New York/London: Springer 2009, p. 45-96.
- E.T. Feteris, *Redelijkheid in juridische argumentatie. Een overzicht van theorieën over het rechtvaardigen van juridische beslissingen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.
- E.T. Feteris e.a., *Met redenen omkleed. Bijdragen aan het Symposium Juridische Argumentatie 11 juni 1993 te Rotterdam*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1994.
- , *Op goede gronden. Bijdragen aan het tweede Symposium Juridische Argumentatie 14 juni 1996 te Rotterdam*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1997.
- J.P. Forgas, 'Mood and judgment: the affect infusion model (AIM)', *Psychological Bulletin* 1995, 1, p. 39-66.
- J.P. Forgas & J.V. Ciarrochi, 'On Managing Moods: Evidence for the Role of Homeostatic Cognitive Strategies in Affect Regulation', *Personality and Social Psychology Bulletin* 2002, p. 336-345.
- W.W. Fortenbaugh, *Aristotle on Emotion*, London: Duckworth 2002.
- N.H. Frijda, 'De structuur van emoties', in: R.E.V. Stuip & C. Vellekoop, *Emoties in de Middeleeuwen*, Hilversum: Verloren 1998, p. 9-28.
- , *De wetten van de emotie*, Amsterdam: Bert Bakker 2008.
- , *De emoties. Een overzicht van onderzoek en theorie*, Amsterdam: Uitgeverij Bert Bakker (1988) 2001.
- M.H. Frost, *Introduction to Classical Legal Rhetoric: A Lost Heritage*, Aldershot: Ashgate 2005.
- A.M.P. Gaakeer, "'I'll be the judge of that": ethos en oordeel in *Adarand Constructors Inc. v. Frederico Pena en Kalanke gegen Freie Hansestadt Bremen*", in: E.T. Feteris e.a., *Op goede gronden*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1997, p. 198-206.
- M. Gagarin & D. Cohen, *The Cambridge Companion to Ancient Greek Law*, Cambridge/New York: Cambridge University Press 2005.
- Gaius, *De Instituten van Gaius*, Groningen: H.D. Tjeenk Willink (ong. 161) 1967 (*Institutiones*: vertaald door A.C. Oltmans).
- B. Garsten, *Saving persuasion. A Defense of Rhetoric and Judgment*, Cambridge, Massachusetts & London, England: Harvard University Press 2006.
- E. Garver, *Aristotle's Rhetoric. An art of character*, Chicago/London: The University of Chicago Press 1994.
- J. Gerards, "'Hard cases' in the law", in: A. in 't Groen e.a., *Knowledge in ferment*, Leiden: Leiden University Press 2007, p. 121-136.
- P. Gerbrandy, 'Inleiding', in: Quintilianus, *De opleiding tot redenaar*, Groningen: Historische uitgeverij 2001, p. 14-26.
- R. Giard & H. Merckelbach, 'Nietzsches gelijk: waarom wijsheid achteraf onbillijk is', *Nederlands Juristenblad* 2009, p. 1014-1021.
- T. Gilovich, D. Griffin & D. Kahneman, *Heuristics and biases: the psychology of intuitive judgment*, Cambridge: Cambridge University Press 2002.

- P. Goldie, *The emotions: a philosophical exploration*, Oxford [etc.]: Clarendon Press, 2000.
- , 'Emotions, feelings and intentionality', *Phenomenology and the Cognitive Sciences* 2002a, p. 235-254.
- , 'Emotion, Feeling and Knowledge of the World', in: R. Solomon, *Thinking about feeling*, Oxford: Oxford University Press 2004, p. 91-106.
- , *Understanding Emotions. Mind and morals*, Aldershot/Burlington: Ashgate 2002b.
- H. Gommer, 'Onbewuste denkprocessen maken motivering tot noodzaak', *Trema* 2007, 4, p. 127-134.
- , *Onder de rechter (diss. Tilburg)*, Nijmegen: Wolf Legal Publisher 2008.
- C.M. Gonzalez & T.R. Tyler, 'Emotional reactions to unfairness: a window into the internalization of fairness standards', in: D. De Cremer, *Advances in the psychology of justice and affect*, Greenwich, CT: Information Age Publishing 2007, p. 109-132.
- O.R. Goodenough & K. Prehn, 'A neuroscientific approach to normative judgment in law and justice', *Philosophical Transactions of the Royal Society London* 2004 (B359), p. 1709-1726.
- J. Greene & J. Haidt, 'How (and where) does moral judgment work?', *Trends in Cognitive Sciences* 2002, 12, p. 517-523.
- P.S. Greenspan, *Emotions & Reasons. An Inquiry into Emotional Justification*, New York/London: Routledge 1993.
- K. Groenendijk, *Een venijnig proces (afscheidsrede Nijmegen)*, Den Haag: SDU 2008.
- A.D. de Groot, *Het denken van de schaker*, Amsterdam: Noord-Hollandsche Uitgevers Maatschappij 1946.
- L.E. de Groot, *De rechterlijke macht in Nederland: samenstelling en denkbeelden van de zittende en staande magistratuur (diss. Utrecht)*, Arnhem: Gouda Quint 1991.
- R. Grootendorst, 'Oude en nieuwe retorica', *Onze Taal* 1998, p. 52-54.
- D.M. Gross, *The Secret History of Emotion. From Aristotle's 'Rhetoric' to modern brain science*, Chicago/London: The University of Chicago Press 2006.
- J.J. Gross, *Handbook of emotion regulation*, New York: Guilford Publications 2007.
- C. Guthrie, J. Rachlinski & A.J. Wistrich, 'Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases', *Cornell Law Review* 2007, p. 1-44.
- J. Hage, 'De betekenis van juridische statuswoorden', *Rechtsfilosofie & Rechtstheorie* 2008, p. 13-28.
- J. Haidt, 'The emotional dog and its rational tail: a social intuitionist approach to moral judgment', *Psychological Review* 2001, 4, p. 814-834.
- , 'The emotional dog does learn new tricks: a reply to Pizarro and Bloom', *Psychological Review* 2003, 1, p. 197-198.
- J. Haidt & F. Bjorklund, 'Socialintuitionists answer six questions about moral psychology', in: W. Sinnott-Armstrong, *Moral Psychology*, Cambridge: MIT Press 2008, p. 181-217.

- J.S. Hammond, L.R. Kleeny & H. Raiffa, 'The hidden traps in decision making', *Harvard Business Review* 1998, p. 47-58.
- D. Hardman, *Judgment and Decision Making. Psychological perspectives*, Chichester, UK: John Wiley & Sons 2009.
- H.L. Hart, *The Concept of Law*, Oxford: Oxford University Press 1961.
- R.C. Hartendorp, *Praktisch gesproken. Alledaagse civiele rechtspleging als praktische oordeelsvorming* (diss. Rotterdam), Rotterdam: Erasmus Universiteit 2008.
- R.C. Hartendorp & H. Wagenaar, 'De praktische rechter. De opmerkelijke relevantie van Paul Scholten voor een eigentijdse rechtsvindingstheorie', *Rechtsfilosofie & Rechtstheorie* 2004-1, p. 60-89.
- R. Hastie, 'Emotions in Jurors' decisions', *Brooklyn Law Review* 2001, p. 991-1009.
- A. Hatzimoyis, 'The case against unconscious emotions', *Analysis* 2007, 4, p. 292-299.
- M. Henket, *Argumentatietheorie en recht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998.
- M. Hertogh, 'Vertrouwen in de rechtspraak. Harde cijfers met een flinke korrel zout', *Nederlands Juristenblad* 2004, 23, p. 1164-1168.
- , *Rechtsvervreemding. Tussen rechtsstaat en rechtsgevoel (oratie Groningen)*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.
- M. Herweijer, 'Juridisch onderzoek', in: J.W.L. Broeksteeg & E.F. Stamhuis, *Rechtswetenschappelijk onderzoek. Over object en methode*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 23-33.
- M.W. Hesselink, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1999.
- , 'Wat is recht? Antwoorden op vragen van Tilburgers over rechtsregels, rechtspraak en rechtsvorming', *Nederlands Juristenblad* 2000, p. 2032-2040.
- H. Hoeken, *Het ontwerp van overtuigende teksten. Wat onderzoek leert over de opzet van effectieve reclame en voorlichting*, Bussum: Uitgeverij Coutinho 1998.
- J. Hogarth, *Sentencing as a Human Process*, Toronto: University of Toronto Press 1971.
- A.M. Hol, 'Praktische wijsheid en het rechterlijk oordeel', *Trema* 1997, 3, p. 97-100.
- A.M. Hol & M.A. Loth, 'Iudex mediator; naar een herwaardering van de juridische professie', *Rechtsfilosofie & rechtstheorie* 2001, p. 9-57.
- Homerus, *Odyssee*, Amsterdam: De Arbeiderspers (7de eeuw vC) 2005 (vertaald door H.J. de Roy van Zuydewijn).
- A.J.L. van Hooff, 'Beschaafd Athene, Inwoners van het democratische Athene waren rationeel, beheerst en mild', *De Academische Boekengids* 2008, 69, p. 11-15.
- R. Horselenberg e.a., 'Getuigen helpen herinneren', in: P.J. van Koppen e.a., *Het recht van binnen. Psychologie van het recht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 445-464.
- P. van den Hoven & H.J. Plug, 'Naar een verbetering van strafmotiveringen. Een onderzoek naar de effectiviteit van het Promis-model', *Tijdschrift voor taalbeheersing* 2008, 3, p. 249-267.
- D. Hume, *Enquiries concerning Human Understanding and concerning the Principles of Morals*, Oxford: Oxford University Press (1748) 1975.

- E.A. Huppel-Cluysenaer, *Wetenschapsleer voor juristen*, Deventer: Kluwer 1994.
- M. Huys, 'Inleiding', in: Aristoteles, *Retorica*, Groningen: Historische Uitgeverij 2004, p. 8-17, 20-21, 37-39, 98-99, 133, 145-146, 186-188, 219.
- M.G. IJzermans, 'De verhouding tussen heuristiek en legitimatie bij rechtsvorming', in: E.-J. Broers & B.J.M. van Klink, *De rechter als rechtsvormer*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 89-104.
- P. Ingelse, 'Rechter: tussen persoon en instituut', *Nederlands Juristenblad* 2010, 30, p. 1962-1968.
- P. Ippel & S. Heeger-Herrter, *Sprekend de rechtbank*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006.
- A.M. Isen, 'Some Ways in Which Positive Affect Influences Decision Making and Problem Solving', in: M. Lewis, J.M. Haviland-Jones & L. Feldman Barrett, *Handbook of Emotions*, New York/London: The Guilford Press 2008, p. 548-573.
- F. Jacobs, 'Zijn morele emoties typisch menselijk?', *Algemeen Nederlands Tijdschrift voor Wijsbegeerte* 2001, 1, p. 46-59.
- W. James, 'What Is an Emotion?' *Mind* 1884, p. 188-205.
- , *Principles of Psychology*, New York: Holt (1890) 1980.
- D.M. Kahan & M.C. Nussbaum, 'Two Conceptions of Emotion in Criminal Law', *Columbia Law Review* 1996, p. 270-374.
- D. Kahneman & S. Frederick, 'Representativeness revisited: attribute substitution in intuitive judgment', in: T. Gilovich, D. Griffin & D. Kahneman, *Heuristics & biases: the psychology of intuitive judgment*, Cambridge: Cambridge University Press 2002, p. 48-81.
- D. Kahneman, P. Slovic & A. Tversky, *Judgment under uncertainty: heuristics and biases*, Cambridge: Cambridge University Press 1982.
- E. van der Kam, *Kwaliteit gewogen. Verschillende perspectieven op kwaliteit van civiele rechtspleging* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001.
- M. Kaser, *Romeins Privaatrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1971 (*Römisches Privatrecht*: vertaald door F.B.J. Wubbe).
- J. ten Kate & P.J. van Koppen, *Determinanten van privaatrechtelijke beslissingen*, Arnhem: Gouda Quint 1984.
- R.A. Katula, 'Emotion in the courtroom. Quintilian's judge: then and now', in: O. Tellegen-Couperus, *Quintilian and the law: the art of persuasion in law and politics*, Leuven: Leuven University Press 2003, p. 145-156.
- J.W. de Keijser, 'Straftheorieën en de praktijk', in: P.J. van Koppen e.a., *Het recht van binnen. Psychologie van het recht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 855-871.
- J.W. de Keijser, H.G. van de Bunt & H. Elffers, 'Strafrechters over maatschappelijke druk, responsiviteit en de kloof tussen rechter en samenleving', in: J.W. de Keijser & H. Elffers, *Het maatschappelijke oordeel van de rechter: De wisselwerking tussen rechter en samenleving*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 21-51.

- G. Kennedy, *The Art of Persuasion in Ancient Greece*, Princeton, NJ: Princeton University Press 1963.
- G.A. Kennedy (vertaler), *Progymnasmata: Greek textbooks of prose composition and rhetoric*, Leiden/Boston: E.J. Brill 2003 (vertaald en van inleiding en noten voorzien door G.A. Kennedy).
- A. Kil & L. Zwanenburg (red.), *Praktijkleer*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008.
- L. Klaming & B. Bethlehem, 'Procedurele rechtvaardigheid. Kunnen inzichten uit onderzoek naar procedurele rechtvaardigheid bijdragen aan de verwezenlijking van de functies van het aansprakelijkheidsrecht?', *Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade* 2007, 4, p. 119-124.
- B. van Knippenberg & D. De Cremer, 'De relatie tussen affect en rechtvaardigheid', *Gedrag & Organisatie* 2007, 4, p. 342-355.
- E. Köhne-Hoegen, 'De raio-opleiding als socialisatieproces: uittrekers aan het woord', *Recht der werkelijkheid* 2008, p. 11-34.
- P.J. van Koppen & H.F.M. Crombag, *De menselijke factor. Psychologie voor juristen*, Arnhem: Gouda Quint 1991.
- P.J. van Koppen, *Juridische besluitvorming (NSCR WD 96-09)*, Leiden: Nederlands Studiecentrum Criminaliteit en Rechtshandhaving 1996.
- P.J. van Koppen, D.J. Hessing & H.F.M. Crombag, *Het Hart van de Zaak. Psychologie van het recht*, Deventer: Gouda Quint 1997.
- P.J. van Koppen, 'Het maatschappelijk oordeel van de rechter in concrete zaken', *Trema* 2000, nr.23, p. 453-458.
- P.J. van Koppen & D.J. Hessing, 'De schuld krijgen', in: P.J. van Koppen e.a., *Het recht van binnen. Psychologie van het recht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 25-40.
- P.J. van Koppen & J.W. de Keijser, 'Beslissende rechters', in: P.J. van Koppen e.a., *Het recht van binnen. Psychologie van het recht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 801-811.
- P.J. van Koppen & M. Malsch, *Het praktisch nut van de rechtspsychologie*, Deventer: Kluwer 2008.
- P.J. van Koppen & J.W. de Keijser, 'Beslissende rechters', in: P.J. van Koppen e.a., *Reizen met mijn rechter*, Deventer: Kluwer 2010, p. 861-873.
- P.J. van Koppen e.a., *Reizen met mijn rechter. Psychologie van het recht*, Deventer: Kluwer 2010.
- , *Het Recht van Binnen*, Deventer: Kluwer 2002.
- S.C.J.J. Kortmann & B.C.J. Hamel, *Wrongful birth en wrongful life*, Deventer: Kluwer 2004.
- R.J.P. Kottenhagen, 'Shockschade en het vereiste van de directe confrontatie – enkele rechtsvergelijkende kanttekeningen', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2010, 9, p. 341-352.
- T. Kuijpers, *Het einde van de klinische blik..... (oratie Amsterdam UvA)*, Amsterdam: Vossiuspers UvA 2004.

- W. Kunkel, *Geschiedenis van het Romeinse recht*, Utrecht/Antwerpen: Uitgeverij Het Spectrum 1975 (*Römische Rechtsgeschiede*: vertaald door R. de Lauwere).
- J. Kuppens & M. ter Voert, *Schijn van partijdigheid rechters: wraking, verschoning en nevenfuncties*, Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum van het ministerie van justitie: www.recht.nl 2002.
- A.J. Kwak, 'De moderne rechter in spagaat. Over legitimiteit vóór en áchter de rechter', in: A.F.M. Brenninkmeijer e.a., *De taakopvatting van de rechter*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 63-73.
- F.C. Lauwaars, 'Deskundigheid van de rechter: generalist in plaats van specialist', in: J.M. Barendrecht e.a., *Rechtspleging, samenleving en bestuur: een gerichte onderzoeksagenda*, Utrecht: Uitgeverij Lemma 2000, p. 149-151.
- R.S. Lazarus & B.N. Lazarus, *Passion and reason: making sense of our emotions*, New York [etc.]: Oxford University Press 1994.
- A.D. Leeman & A.C. Braet, *Klassieke retorica. Haar inhoud, functie en betekenis*, Groningen: Wolters-Noordhoff / Forsten 1987.
- M. Leezenberg & G. de Vries, *Wetenschapsfilosofie voor geesteswetenschappen*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2007.
- S.R. Leighton, 'Aristotle and the Emotions', in: A.O. Rorty, *Essays on Aristotle's Rhetoric*, Berkeley/London: University of California Press 1996, p. 206-237.
- J. Leijten, 'Rechtspraak en topiek', in: W. van Gerven & J. Leijten, *Theorie en praktijk van de rechtsvinding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1977, p. 27-82.
- , 'Rationaliteit en emotie in het verkeersrecht en het rechtsverkeer', *Verkeersrecht* 1999, 7/8, p. 199-202.
- K. Lens, A. Pemberton & M. Groenhuijsen, *Het spreekrecht in Nederland: een bijdrage aan het emotioneel herstel van slachtoffers?* (WODC 1676), Tilburg: Intervict 2010.
- A.M. Lerner, 'Using our Brains. What Cognitive Science and Social Psychology Teach us About Teaching Law Students to Make Ethical, Professionally Responsible Choices', 2004, <<http://ssrn.com/abstract=647709>>, p. 643-707.
- J.S. Lerner & D. Keltner, 'Beyond valence: Toward a model of emotion-specific on judgment and choice', *Cognition and Emotion* 2000, 4, p. 473-493.
- R. Lesaffer, *Politicus en pleiter. Cicero in turbulent Rome*, Leuven: Davidsfonds 2003.
- , *Inleiding tot de Europese rechtsgeschiedenis*, Leuven: Universitaire Pers Leuven 2004.
- M. Lewis & J.M. Haviland, *Handbook of Emotions*, New York, London: The Guilford Press 1993.
- E.A. Lind & T.R. Tyler, *The social psychology of procedural justice*, New York: Plenum 1988.
- J. van der Linden, A. Klijn & F. van Tulder, 'Meesterlijk gedrag: leren van compareren', *Rechtstreeks*-3 2009, p. 7- 44.
- G. Loewenstein & J.S. Lerner, 'The role of affect in decision making', in: R.J. Davidson, K.R. Scherer & H.H. Goldsmith, *Handbook of affective sciences*, Oxford/New York: Oxford University Press 2003, p. 619-642.

- G.F. Loewenstein e.a., 'Risk as Feelings', *Psychological Bulletin* 2001, 2, p. 267-286.
- M.A. Loth, 'Oordelen op tegenspraak. Over de rationaliteit van het rechterlijk oordeel', *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie* 2005, 1, p. 57-109.
- , "'Slappende rechters" of "dwalende deskundigen"?' *Nederlands Juristenblad* 2009, p. 1142-1147.
- , 'Het streven naar rechtvaardigheid in het vermogensrecht', *WPNR* 2010, nr. 6843, p. 405-411.
- H. van Maanen, *Encyclopedie van misvattingen*, Den Haag: Boom 2004.
- D.N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford: Clarendon Press 1978.
- P.D. MacLean, 'The triune brain, emotion and scientific bias', in: F.O. Schmidt, *The neurisciences: second study program*, New York: Rockefeller University Press 1970, p. 336-349.
- M. Malsch, 'De uitkomst van de zaak voorspellen', in: P.J. van Koppen e.a., *Het Recht van Binnen. Psychologie van het Recht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 787-799.
- U. Manthe, 'Die Tötung des Ehebrechers', in: L. Burckhardt & J. von Ungern-Sternberg, *Grosse Prozesse im antiken Athen*, München: Verlag C.H. Beck 2000, p. 219-233.
- T.A. Maroney, 'Emotional competence, "rational understanding" and the criminal defendant' 2006a, *USC Legal Studies Research Paper no. 06-3* <<http://ssrn.com/abstract=892474>>.
- , 'Law and Emotion: A Proposed Taxonomy of an Emerging Field', *Law and Human Behavior* 2006b, p. 119-142.
- , 'The persistent cultural script of judicial dispassion', *California Law Review* 2011, 99 (forthcoming). Available at SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=1656102>>, p. 1-44.
- J-D. Rodríguez Martín, 'Moving the judge. A legal commentary on Book IV of Quintilian's Institutio oratoria', in: O. Tellegen-Couperus, *Quintilian and the Law. The Art of Persuasion in Law and Politics*, Leuven: Leuven University Press 2003, p. 157-168.
- D. Massey, 'A brief history of human society: the origin and role of emotion in social life', *American Sociological Review* 2002, p. 1-29.
- T.A. Mauet, *Trial Techniques*, New York: Aspen Publishers 2002.
- J.W. McAllister, 'Introduction: Dilemmas in science: what, why, and how', in: A. in 't Groen e.a., *Knowledge in Ferment: Dilemma's in science, scholarship and society*, Leiden: Leiden University Press 2007, p. 13-24.
- T. van der Meer, 'Vertrouwen in de rechtspraak: empirische bevindingen', *Rechtstreeks* 2004, 1, p. 9-52.
- E. Mertz, *The language of Law School. Learning to 'Think like a Lawyer'*, Oxford/New York: Oxford University Press 2007.
- E. Metzger, *Litigation in Roman Law*, Oxford: Oxford University Press 2005.

- C. Michelin, 'Practical wisdom and legal decision-making', *Edinburgh School of Law Working Paper Series-No 2010/13* 2010, <<http://ssrn.com/abstract=1585929>>, p. 1-30.
- J.H.H. Misdorp, 'De eeuwige pleitnota', *Nederlands Juristenblad* 1999, p. 862.
- F.J. Mootz, *Rhetorical Knowledge in Legal Practice and Critical Legal Theory*, Tuscaloosa: University of Alabama Press 2006.
- N. Morley, *Metropolis and hinterland. The city of Rome and the Italian economy 200 BC-200 AC*, Cambridge: Cambridge University Press 1996.
- M.J.A. van Mourik, 'Erfrecht en emotie', *WPNR* 1992, nr. 6067, p. 776-778.
- J. Nadler & M.R. Rose, 'Victim impact testimony and the psychology of punishment', *Cornell Law Review* 2003, p. 419-456.
- J. van Neerven, 'Oneindige dimensies', *Nieuw Archief voor Wiskunde* 2009, p. 22-28.
- P.M. Niedenthal e.a., 'Embodiment of Emotion Concepts', *Journal of Personality and Social Psychology* 2009, 6, p. 1120-1136.
- J.H. Nieuwenhuis, 'Legitimatie en heuristiek van het rechterlijk oordeel', *R.M. Themis* 1976, p. 494-515.
- , *Confrontatie & compromis. Recht, retoriek en burgerlijke moraal*, Deventer: Kluwer 2007.
- R.E. Nisbett & T.D. Wilson, 'Telling more than we can know: Verbal reports on mental processes', *Psychological Review* 1977, p. 231-259.
- R.E. Nisbett, *Rules for reasoning*, Hillsdale: Lawrence Erlbaum Associates 1993.
- M. Noordegraaf, 'De rechter moet op zijn woorden letten', *NRC Handelsblad* 9/10 oktober 2010, *Opinie&Debat* 1-2.
- M.C. Nussbaum, *The Therapy of Desire. Theory and practice in Hellenistic ethics*, Princeton, NJ: Princeton University Press 1994.
- , 'Aristotle on Emotions and Rational Persuasion', in: A.O. Rorty, *Essays on Aristotle's Rhetoric*, Berkeley/Los Angeles/London: University of California Press 1996a, p. 303-323.
- , 'Emotion in the Language of Judging', *St. John's Law Review* 1996b, p. 23-30.
- , 'Secret Sewers of Vice: Disgust, Bodies, and the Law', in: Susan A. Bandes, *The Passions of Law*, New York, London: New York University Press 1999, p. 19-63.
- , *Upheavals of thought. The intelligence of emotions*, New York, Cambridge: Cambridge University Press 2001.
- , *Hiding from Humanity: Disgust, Shame, and the Law*, Princeton, NJ: Princeton University Press 2004.
- A. Ortony & T.J. Turner, 'What's basic about basic emotions?', *Psychological Review* 1990, 3, p. 315-331.
- D. Patterson, 'Normativity and objectivity in law', *William and Mary Law Review* 2001, 43, p. 325-363.
- M. Pel, 'Belangen in de strijd en in de tijd: belangenhantering in de dagelijkse praktijk', in: M. Pel & J.H. Emaus, *Het belang van belangen. Invalshoeken en visies*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007, p. 95-128.

- C. Perelman, *Juridische logica als leer van de argumentatie*, Antwerpen, Amsterdam: Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij (1976) 1979 (*Logique Juridique. Nouvelle rhétorique*: vertaald door René Foqué en Bert van Roermund).
- T.S. Pieters, 'De raakbare rechter', *Trema*/5 2010, p. 197-201.
- S.H. Pillsbury, 'Emotional Justice: Moralizing the Passions of Criminal Punishment', *Cornell Law Review* 1988/1989, 655, p. 655-710.
- D.A. Pizzaro & P. Bloom, 'The intelligence of the moral intuitions: comment on Haidt (2001)', *Psychological Review* 2003, 1, p. 193-196.
- Plato, *Timaios*, Amsterdam: Bert Bakker (ong. 360 vC) 2003 (*Timaios*: vertaald door H. Warren en M. Molegraaf).
- , *Apologia Sokratous*, Amsterdam: Uitgeverij Bert Bakker (ong. 399 vC) 1995 (*Apologia*: vertaald door H. Warren en M. Molengraaf).
- R. Plutchik, *Emotions and life*, Washington: American Psychological Association 2002.
- R. F. Pohl, *Cognitive Illusions: a handbook on fallacies and biases in thinking, judgement and memory*, East Sussex/New York: Psychology Press 2004.
- M. Polanyi, *Personal Knowledge. Towards a Post-Critical Philosophy*, London: Routledge & Kegan Paul 1958.
- , *The study of man*, London: Routledge & Kegan Paul 1959.
- H. Pott, *De liefde van Alcibiades. Over de rationaliteit van emoties*, Amsterdam: Boom 1992.
- , 'Emoties en rationaliteit revisited: nieuw seizoen voor de emotiefilosofie', *Wijsgerig perspectief* 2003, 2, p. 4-16.
- , 'Was Aristoteles een cognitivist? Emoties in Aristoteles' Rhetorica', *Algemeen Nederlands Tijdschrift voor Wijsbegeerte* 2008, 2, p. 89-102.
- M. Power & T. Dalgleish, *Cognition and Emotion. From Order to Disorder*, Hove/New York: Psychology Press 2008.
- H. Prast, 'Een gezonde bank ziek maken is verstandig', *NRC Handelsblad* 21 oktober 2008, p. 7.
- Quintilianus, *De opleiding tot redenaar*, Groningen: Historische Uitgeverij (ong. 95) 2001 (*Institutio oratoria*: vertaald door P. Gerbrandy).
- J. Rawls, *A theory of justice*, Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press 1971.
- B. van Roermund, 'Sprongen bij Scholten', *Rechtsfilosofie & Rechtstheorie* 2001, p. 215-228.
- E.T. Rolls, *Emotion Explained*, Oxford/New York: Oxford University Press 2005.
- H. van Rooijen-Dijkman & A.D. Leeman, 'Inleiding', in: Cicero, *De ideale redenaar*, Amsterdam: Atheneum-Polak & Van Gennip 2004, p. 9-29.
- Th. A. de Roos, *Is de invoering van lekenrechtspraak in de Nederlandse strafrechtspleging gewenst?*, Tilburg: Universiteit van Tilburg 2006.
- M.R. Rose, J. Nadler & J. Clark, 'Appropriatly Upset? Emotions Norms and Perceptions of Crime Victims', *Law and Human Behavior* 2006, p. 203-219.

- K. Rozemond, *Strafvorderlijke rechtsvinding*, Deventer: Gouda Quint 1998.
- A. Rutten-Roos, *Kwaliteit in de civiele sector*, Prinsengrachtreeks nr. 2, Amsterdam: Gerechtshof Amsterdam 1996.
- W.M.C.J. Rutten-vDeurzen, *Kwaliteit van rechtspleging: kwaliteitsbevordering en de rol van de Raad voor de rechtspraak* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2010.
- K. Ruys & D. Stapel, 'The Secret Life of Emotions', *Psychological science: Research, theory, & application in psychology and related sciences* 2008, 4, p. 385-391.
- RvR, *Kwaliteit kost tijd*, Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2006.
- , *Agenda van de Rechtspraak 2008-2011: Onafhankelijk en betrokken*, Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2007a.
- , *Hoofdlijnennotitie Kwaliteit 2008 - 2011*, Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2007b.
- , *Eindrapport Promis II*, Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2007c.
- E. Ryan, 'The Discourse Beneath: Emotional Epistemology in Legal Deliberation and Negotiation', *Harvard Negotiation Law Review* 2005, p. 231-285.
- G. Ryle, *De eenheid van lichaam en geest*, Amsterdam: Atheneum-Polak & Van Gennep (1949) 1971 (*The concept of mind*: vertaald door G.A. Klinkenberg).
- E. Sadler-Smith, *Inside intuition*, London/New York: Routledge 2008.
- J-P. Sartre, *Magie en Emotie. Schets van een theorie van de gemoedsbewegingen*, Meppel, Amsterdam: Boom (1939)1987 (*Esquisse d'une théorie des émotions*: vertaald door L.M. Tas & H.L. Bouman).
- T.M. Schalken, 'Rechters zouden wat minder fatsoenlijk moeten worden. Naar aanleiding van de huidige kritiek op de Nederlandse strafrechtspleging', *Nederlands Juristenblad* 1992, 28, p. 889-891.
- , 'De jurist en de kunstenaar: waar het verschil in denkstijlen toe kan leiden', *Nederland Juristenblad* 2006, p. 70-73.
- M.F. Scheler, *Wesen und Formen der Sympathie*, Frankfurt am Main: G. Schulte-Bumke (1913) 1948.
- E.C.M. Schie, 'Heuristieken en probleempresentatie', in: P. Koele & J. van der Pligt, *Beslissen en beoordelen*, Amsterdam: Boom 1993, p. 123-155.
- P. Scholten, 'Recht en levensbeschouwing', in: Y.Scholten en M.H. Bregstein, G.J. Scholten, *Verzamelde Geschriften*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (1915) 1949, p. 120-161.
- , *Mr. C. Assers's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandse Burgerlijk Recht, Algemeen Deel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink (1931) 1974.
- , 'Kenmerken van Recht', in: Y. Scholten en M.H. Bregstein, G.J. Scholten, *Verzamelde Geschriften van wijlen Prof. mr. Paul Scholten*, Zwolle.: W.E.J. Tjeenk Willink (1943-1944) 1949, p. 1-119.
- D.A. Schön, *The Reflective Practitioner. How Professionals Think in Action*, New York: Basic Books 1983.
- C.J.M. Schuyt, *Recht en samenleving*, Assen: Van Gorcum 1983.

- , 'Kwaliteit in de rechtspraak', *Trema* 2007, 2, p. 37-40.
- R. Schwitters, *Recht en samenleving. Inleiding in de rechtssociologie*, Deventer: Kluwer 2008.
- R. Scruton, 'Emotions, Practical Knowledge and Common Culture', in: A. Rorty, *Explaining Emotions*, Berkeley, Los Angeles, London: University of California Press 1980, p. 519-544.
- R. Sennet, *De mens als werk in uitvoering*, Amsterdam: Boom/ Stichting Internationale Spinozalens 2010.
- M-G. Seo & L. Feldmann-Barrett, 'Being emotional during decision making - Good or Bad? An empirical investigation', *Academy of Management Journal* 2007, 4, p. 923-940.
- Serie, 'Het ABC van de kwaliteit van de rechtspraak', *Trema* 2007/2008,
- W. Shakespeare, *Een winters verhaal*, Amsterdam: De Bezige Bij (1610)1981 (*The Winter Tale*: vertaald door H. Claus).
- J.N. Shklar, *The faces of injustice*, New Haven/London: Yale University Press 1990.
- C.M.J. Sicking, *Pleidooien van Gorgias, Antifon, Lysias, Isaios, Isokrates, Demosthenes en Aischines*, Amsterdam: Athenaeum-Polak & Van Genneep 1995.
- C.H. Sieburgh, 'L'art de la distinction. "Alle oordeel is dat des onderscheids"', *Nederlands Juristenblad* 2008, 1, p. 3-13.
- P. Slovic e.a., 'The affect heuristic', in: T. Gilovich, D. Griffin & D. Kahneman, *Heuristics and biases: the psychology of intuitive judgment*, Oxford/New York: Oxford University Press 2002, p. 379-420.
- A. Smith, *The Theory of Moral Sentiments*, Indianapolis: Liberty Fund (1759)1984.
- C.E. Smith, *Regels van rechtsvinding*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.
- M.R. Smith, *Advanced Legal Writing. Theories and Strategies in Persuasive Writing*, New York: Aspen Law & Business 2002.
- J.W. Snoek, *Het denken van de neuroloog (diss. Groningen)*, Groningen: i.e.b. 1989.
- K. Sobota, 'Rhetorisches Seismogramm- eine neue Methode in der Rechtswissenschaft', *Juristenzeitung* 1992, p. 231-237.
- , 'Logos, Ethos, Pathos: A Quantitative Analysis on Arguments and Emotions in Law', in: M. Mellqvist & M. Persson, *Retorik og Rätt*, Uppsala: Iustus Förlag 1994.
- R.C. Solomon, *The passions*, New York: Anchor Books 1977.
- , 'Emotions and Choice', in: Amélie Rorty, *Explaining Emotions*, Berkeley, Los Angeles, London: University of California Press 1980, p. 251-283.
- , 'Sartre on emotions', in: P. A. Schilpp, *The Philosophy of Jean-Paul Sartre*, La Salle: Open Court 1981, p. 211-228.
- , 'The Philosophy of Emotions', in: M. Lewis & J.M. Haviland, *Handbook of Emotions*, New York, London: The Guilford Press 1993, p. 3-17.
- , 'Emotions, Thoughts, and Feelings: Emotions as engagements with the world', in: R.C. Solomon, *Thinking about Feeling*, Oxford: Oxford University Press 2004, p. 76-88.

- H. Sommerlad, 'Researching and Theorizing the Process of Professional Identity Formation', *Journal of Law and Society* 2007/2, p. 190-217.
- R. de Sousa, 'The Rationality of Emotions', in: Amélie Rorty, *Explaining Emotions*, Berkely, Los Angeles, London: University of California Press 1980, p. p. 127-153.
- , 'Moral emotions', *Ethical Theory and Moral Practice* 2001, p. 109-126.
- , 'Emotions. What I Know, What I'd Like to Think I Know, and What I'd Like to Think', in: R.C. Solomon, *Thinking about feeling*, Oxford: Oxford University Press 2004, p. 61-75.
- , 'Emotion' (Spring Edition 2003), E.N. Zalta (ed.) <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2003/entries/emotion/>>.
- M. Spolders, *Het winnende woord. Succesvol argumenteren*, Amsterdam: Bert Bakker 1997.
- J.E. Spruit, *Enchiridium. Een geschiedenis van het Romeinse privaatrecht*, Deventer: Kluwer 1992.
- P.N. Stearns, 'History of Emotions: Issues of Change and Impact', in: M. Lewis & J.M. Haviland-Jones, *Handbook of Emotions*, New York/London: The Guilford Press 2000, p. 16-29.
- H. Steenberghe, 'Surf-symposium: Het begrip kwaliteit in de rechtspraak', *Trema* 2007a, 2, p. 35-36.
- , 'Over de belangstellende rechter', in: M. Pel & J.H. Emaus, *Het belang van belangen. Invalshoeken en visies*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007b, p. 75-93.
- P. Stein, *Roman law in European history*, Cambridge: Cambridge University Press 1999.
- V.P. van Stipdonk & R. Leeuwenburg, 'Emotionele mediation; bemiddelen bij conflicten - Wanneer mensen een conflict hebben, spelen emoties vrijwel altijd een rol. Emoties lijken dan vaak hinderlijk, maar ze kunnen aan de wieg staan van conflictoplossing', *Openbaar bestuur* 2008, 9, p. 15-17.
- M. Stocker, 'Psychic Feelings. Their Importance and Irreducibility', *Australian Journal of Philosophy* 1983, 61, p. 5-26.
- M. Stocker & E. Hegeman, *Valuing Emotions*, Cambridge: Cambridge University Press 1996.
- M. Stocker, 'Some Ways to Value Emotions', in: P. Goldie, *Understanding Emotions*, Aldershot/Burlington: Ashgate 2002, p. 65-79.
- D. Stokmans, 'Buurman Hirsir Ali verhuisde om veiligheid', *NRC Handelsblad* 17 mei 2006, 3.
- L.A. Stout, 'Judges as altruistic hierarchs' 2001, *University of California at Los Angeles, School of Law Research Paper no. 01-16* <<http://ssrn.com/abstract=287458>>.
- J.W. van Strien, 'De neuropsychologie van emoties', *Neuropsychologie* 2000, p. 135-143.
- R.E.V. Stuip & C. Vellekoop, *Emoties in de Middeleeuwen*, Hilversum: Verloren 1998.

- C.R. Sunstein, 'Hazardous Heuristics (bespreking van: T. Gilovich, D. Griffin & D. Kahneman (red.), *Heuristics and biases: The psychology of intuitive Judgment*, Cambridge: Cambridge University Press 2002)', *The University of Chicago Law Review* 2003, p. 751-782.
- C.R. Sunstein & R.H. Thaler, 'Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron', *Chicago Law Review* 2003, p. 1159.
- H.S. Taekema, *The concepts of ideals in legal theory (diss. Tilburg)*, Tilburg: Schoordijk Instituut 2000.
- H.S. Taekema & B.M.J. van Klink, 'Dwarsverbanden. Interdisciplinair onderzoek in de rechtswetenschap', *Nederlands Juristenblad* 2009, nr. 36, p. 2559-2565.
- O.E. Tellegen-Couperus & J.W. Tellegen, 'Vrouwenvoogdij. Nihil hoc ad ius Ciceronem', in: P.L. Nève, B.C.M. Jacobs & E.C. Coppens, *Een rijk gerecht. Opstellen aangeboden aan P.L. Nève*, Nijmegen: Gerard Noodt Instituut 1998, p. 431-456.
- O.E. Tellegen-Couperus, 'Quintilianus en het recht', *Nederlands Juristenblad* 2000, 35, p. 1749.
- , *Korte geschiedenis van het Romeinse recht*, Amsterdam: Dutch University Press 2003.
- J.W. Tellegen, 'Gaius Cassius and the Schola Cassiana in Pliny's Letter 7, 24, 8', *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte* 1988, p. 263-311.
- J.W. Thibaut & L.J. Walker, *Procedural justice: a psychological analysis*, New York: Wiley 1975.
- R. Thomas, 'Writing, Law and Written Law', in: M. Gagarin & D. Cohen, *The Cambridge Companion to Ancient Greek Law*, Cambridge/New York: Cambridge University Press 2005, p. 41-60.
- G. Thür, 'Das Gerichtswesen Athens im 4. Jahrhundert v. Chr.' in: L. Burckhardt & J. von Ungern-Sternberg, *Große Prozesse im antiken Athene*, München: Verlag C.H. Beck 2000, p. 30-49.
- W.L. Tiemeijer, *Hoe mensen keuzes maken*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2011.
- S.C. Todd, 'Law and Oratory at Athens', in: M. Gagarin & D. Cohen, *The Cambridge Companion to Ancient Greek Law*, Cambridge/New York: Cambridge University Press 2005, p. 97-111.
- A. Tversky & D. Kahneman, 'Judgment under uncertainty: heuristics and biases', in: D. Kahneman, P. Slovic & A. Tversky, *Judgment under uncertainty: heuristics and biases*, Cambridge: Cambridge University Press 1982, p. 3-20.
- , 'Extensional versus intuitive reasoning', in: T. Gilovich, D. Griffin & D. Kahneman, *Heuristics and biases. The psychology of intuitive judgment*, Cambridge/New York: Cambridge University Press 2002, p. 19-48.
- T.R. Tyler, 'What is procedural justice? Criteria used by citizens to assess the fairness of legal procedures', *Law and Society Review* 1988, p. 103-135.

- T. Viehweg, *Topik und Jurisprudenz. Ein Beitrag zur Rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*, München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung 1969.
- D. Visser & G. de Jager, *Tē intellectuele eigendom. De morele basisemoties van de IE: featuring John Doorzon als 'de gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument'*, Amsterdam: DeLex 2010.
- M. ter Voert & J. Kuppens, *Schijn van partijdigheid rechters*, Den Haag: WODC. Onderzoek en beleid, nr. 199 2002.
- R. Vonk, 'Sociale psychologie en sociale cognitie', in: R. Vonk, *Cognitieve sociale psychologie*, Utrecht: Lemma 2001, p. 11-29.
- R. Vonk & A. van Knippenberg, 'Onderzoeksmethoden: tussen de oren van de sociale waarnemer', in: R. Vonk, *Cognitieve sociale psychologie. Psychologie van het dagelijkse denken en doen*, Utrecht: Uitgeverij Lemma 2003, p. 31-76.
- J.B.M. Vranken, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Algemeen Deel*, Zwolle: Tjeenk Willink 1995.
- , 'Argumenteren in het recht. Over logos, ethos en pathos', *WPNR* 2001, nr. 6428, p. 14-21.
- , *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel. Een vervolg*, Deventer: Kluwer 2005.
- L. Waelkens, *Civium Causa. Handboek Romeins Recht*, Leuven: Acco 2008.
- W.A. Wagenaar, 'Wraak! Burgers moeten de zes rechters van Lucia wraken', *NRC Handelsblad* 22 april 2010, Opiniepagina, p. 7.
- W.A. Wagenaar & H.F.M. Crombag, 'Ook rechters maken menselijke fouten', in: P.J. van Koppen e.a., *Het recht van binnen. Psychologie van het recht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 835-853.
- W.A. Wagenaar, *Strafrechtelijke oordelen van rechters en leken. Bewijsbeslissingen, straffen en hun argumentatie*, Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2008.
- W.A. Wagenaar & H.F.M. Crombag, 'Ook rechters maken menselijke fouten', in: P.J. van Koppen e.a., *Reizen met mijn rechter. Psychologie van het recht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 875-893.
- D. Weenink, 'Een neurosociologisch perspectief op emoties', *Sociologie* 2009, p. 244-256.
- H.M. Weiss, K. Suckow & R. Cropanzano, 'Effects of justice conditions on discrete emotions', *Journal of Applied Psychology* 1999, 84, p. 786-794.
- I. Wessel & G. Wolters, 'Het geheugen van getuigen', in: P.J. van Koppen e.a., *Reizen met mijn rechter. Psychologie van het recht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 451-467.
- P. Westerman & M. Wissink, 'Rechtsgeleerdheid als rechtswetenschap', *Nederlands Juristenblad* 2008, 9, p. 503-507.
- G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding, bewerkt en van een nabeschouwing voorzien door Mr. T. Koopmans*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.
- R.L. Wiener, B.H. Bornstein & A. Voss, 'Emotion and the Law: A Framework for Inquiry', *Law and Human Behavior* 2006, p. 231-248.

- H.W. Wiersma, 'Wraking van de civiele rechter? Bij voorkeur niet!', *Nederlands Juristenblad* 2001, p. 1835-1842.
- Rapport Commissie Van Wijmen, *Een maatschappelijke orde* (Commissie Advocatuur ingesteld door de Minister van Justitie op 4 mei 2005), Rapport commissie van Wijmen 2006.
- A.H. de Wild, *De rationaliteit van het rechterlijk oordeel* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1980.
- R. de Winter, 'Weifelen', *Trema* 2008, 4, p. 161.
- J. Wisse, *Ethos and pathos from Aristotle to Cicero*, Amsterdam: Adolf M. Hakkert 1989.
- W.J. Witteveen, *De retoriek van het recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988.
- , *De geordende wereld van het recht*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2001.
- , 'The jurisprudence of Quintilian', in: O. Tellegen-Couperus, *Quintilian and the law. The art of persuasion in law and politics*, Leuven: Universitaire Pers Leuven 2003, p. 303-317.
- M. Wladimiroff, 'Beroepsgeheimen, verschoningsrechten en mensenrechten: de advocaat', *NJCM-Bulletin* 2001, p. 552-563.
- S. Woll, *Everyday Thinking. Memory, Reasoning and Judgment in the Real World*, East Sussex/New York: Psychology Press 2001.
- R. Wollheim, *On the emotions*, New Haven [etc.]: Yale University Press 1999.
- G. Wolters, 'Herinneren door getuigen', in: P.J. van Koppen e.a., *Het recht van binnen. Psychologie van het recht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 397-415.
- H. Yunis, 'The Rhetoric of Law in Fourth-Century Athens', in: M. Gagarin & D. Cohen, *The Cambridge Companion to Ancient Greek Law*, Cambridge/New York: Cambridge University Press 2005, p. 191-208.
- M. Zeelenberg e.a., 'On bad decisions and disconfirmed expectancies: the psychology of regret and disappointment', *Cognition and emotion* 2000, p. 521-541.
- M. Zeelenberg & H. Aarts, 'Affect en cognitie', in: R. Vonk, *Cognitieve sociale psychologie. Psychologie van het dagelijkse denken en doen*, Utrecht: Uitgeverij Lemma 2003, p. 367-404.
- M. Zeelenberg, R. Nelissen & R. Pieters, 'Emotion, motivation, and decision making. A Feeling-is-for-doing Approach', in: H. Plessner, C. Betsch & T. Betsch, *Intuition in judgment and decision making*, New York/London: Lawrence Erlbaum Associates 2008, p. 173-189.
- W.J. Zwolve, *Beknopte geschiedenis van het Romeinse recht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.